



City Research Online

City, University of London Institutional Repository

Citation: Thomson, J. ORCID: 0000-0002-2080-0422 (2021). **영국 해상보험법의 역사: 상인, 그들의 관행, 법원, 그리고 법** — A history of English marine insurance law: merchants, their practices, the courts and the law. *Korean Journal of International Litigation and Arbitration* (법제논거), 22(1),

This is the published version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version.

Permanent repository link: <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/27256/>

Link to published version:

Copyright: City Research Online aims to make research outputs of City, University of London available to a wider audience. Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. URLs from City Research Online may be freely distributed and linked to.

Reuse: Copies of full items can be used for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge. Provided that the authors, title and full bibliographic details are credited, a hyperlink and/or URL is given for the original metadata page and the content is not changed in any way.

국제소송법무

**Korean Journal of International Litigation and
Arbitration**

Vol. 22 (2021)

2021년 제1호 (통권 제22호)

한양대학교 법학연구소
국제소송법센터

차 례

【학술논단】

- 이종혁 / 미술품분쟁의 해결을 위한 특수중재기관은 필요한가?
— Court of Arbitration for Art (CAfA) 중재규칙의 분석을 중심으로 — 1
- 박주현 · 이준수 · 한연선 · 박범근 / 주요 중재규칙에서의 당사자 추가 제도 운영례 연구 및
대한상사중재원 중재규칙의 관련 제도 개선 제언 29

【번역】

- Jeffrey Thomson 저, 김민경 역 / 영국 해상보험법의 역사: 상인과 그 실무, 법원과 법 49

Contents

【Article】

Jong Hyeok Lee / Do We Need a Specialized Arbitration Institution for Arts Disputes? — Focusing on the Arbitration Rules of the Court of Arbitration for Art (CAfA) —	1
Joohyun Park • Joon Soo Lee • Yonsun Han • Bum Keun Park / Analysis of Joinder Clauses in International Arbitration Rules and Proposal of Amendment to the KCAB Arbitration Rules	29
Jeffrey Thomson, Min Kyung Kim(trans.) / A History of English Marine Insurance Law: Merchants, Their Practices, the Courts and the Law	49

【번역】

영국 해상보험법의 역사: 상인과 그 실무, 법원과 법* **

— A history of English marine insurance law: merchants, their practices, the courts and the law —

Jeffrey Thomson 저

김민경*** 역

목 차

- | | |
|------------------------|----------------------|
| 1. 도입 | 3. 입법에 의한 개입과 외국의 영향 |
| 2. 사적 형성으로부터 해상보험계약법까지 | 4. 결론 |

[p. 196]

1. 도입

영국에서 보험계약의 실무는 역사가 긴데, 이는 이르면 15세기부터 시작되었다.¹⁾

* 이 번역문의 원문은 Jeffrey Thomson이 저술한 “A history of English marine insurance law: merchants, their practices, the courts and the law”로, Andrew Hutchison/Franziska Myburgh(eds), Research Handbook on International Commercial Contracts, Edward Elgar Publishing Limited(2020)에 Chapter 10으로 수록되었다. 이 번역문은 Edward Elgar Publishing Limited로부터 비독점적 라이선스를 받아 작성되었고, 위 원문과 책에 대한 모든 권리는 Edward Elgar Publishing Limited에 유보되어 있음을 밝혀 둔다. 원문의 각주는 [원주 번호], 역주는 [역주]로 표시하도록 한다.

** [원주 1] 이 글의 인용은 명시되지 않은 한 원칙적으로 원전의 스펠링에 따르나, 단어를 축약하거나 풀어서 쓴 것은 따로 명시하지 않았다.

*** 대전지방법원 판사, LLM(University of Cambridge). 이 번역문은 서울대학교 법과대학원 2021년도 1학기 석광현 교수님의 국제계약법 연구에서 필자가 번역하여 발표한 것을 보완한 것이다.

¹⁾ [원주 2] Guido Rossi, ‘England 1523 -1601: The Beginnings of Marine Insurance’ in AB Leonard (ed), *Marine Insurance: Origins and Institutions*, 1300 -1850 (Palgrave Macmillan

환어음, 해상운송계약과 함께 보험계약은 영국에서 가장 먼저 표준화된 상사계약 중 하나이다.²⁾

이 장에서는 영국의 상사보험계약과 보험에 관한 분쟁을 재판하는 영국 법원에 적용되는 규칙[법, 관습(customs)³⁾, 실무(practice)와 이해(understandings)]을 법적·역사적으로 탐구한다. 이 장의 주제는 해상보험계약이다. 해상보험은 영국에서 가장 먼저 시행된, 정기적으로 보험료를 납부하는 보험계약(premium insurance)으로 알려져 있다; 그 실무는 처음 도입되었을 때부터 방해받지 않고 왕성하게 계속되어 왔고, 영국에서 발생한 다른 종류의 보험에 모델이 되었다.⁴⁾

이 책을 관통하는 두 개의 주제⁵⁾ 중 첫 번째 주제인 사적 형성(private ordering)이 이 장에서 특히 의미가 있다. 해상보험계약의 규칙과 분쟁해결방법의 역사는 처음에는 런던의 상인보험자(merchant-insurers) 공동체 내 조직의 역사였다. 그 후 사법부, 정부 그리고 입법부가 개입하였다. (많은 경우 상인보험자 스스로가 요청한) 이런 개입은 당시의 이해(understanding)에 민감하였으나, 점차 보험계약규칙 및 분쟁해결의 법제화와 상인보험자의 보험계약규칙 및 분쟁해결에 대한 통제권 상실로 연결되었다.⁶⁾

[p. 197]

이 권의 다른 핵심 주제 즉, 상인법⁷⁾과 관련하여 이 장에서는 외국계약의 역할과

2016) 133.

2) [원주 3] Blackstone은 보험계약을 ‘A가 위협의 가액에 상응하는 대가를 B에게 지급하고, B가 특정한 사건에 대하여 A에게 보상 또는 배상을 하기로 하는 계약’으로 정의하였다. 2 Bl Comm 458.

3) [원주 4] 이 장에서 관습은 광의의 관습을 의미하는 것으로 사용된다. Sir John Baker, ‘Custom and Usage’, Halsbury’s Laws of England (5th edn, LexisNexis 2019) vol 32, para 1 fn 12.

4) [원주 5] Phillip Hellwege, ‘Chapter 1: Introduction’ in Phillip Hellwege (ed), *A Comparative History of Insurance Law in Europe: A Research Agenda* (Duncker & Humblot 2018) vol 1, 12 - 14; John MacLeod, ‘England and Scotland’ in Phillip Hellwege (ed), *A Comparative History of Insurance Law in Europe: A Research Agenda* (Duncker & Humblot 2018) vol 1, 153 - 55.

5) [원주 6] 이 책 제1장 참조.

6) [원주 7] David Ibbetson이 ‘법제화(legalisation)’라는 용어를 사용하였다. ‘Law and Custom: Insurance in Sixteenth-Century England’ (2008) 29 JLH 291, 292.

7) [원주 8] 전통적인 상인법에 대한 묘사의 진실성에 관한 논쟁은 여기서 다루지 않는다. See: James Steven Rogers, *The Early History of the Law of Bills and Notes* (CUP 1995) 1 - 2, 12 - 31, 44 - 68, 125 - 69, 211 - 22, 250 - 52; Emily Kadens, ‘The Myth of the Customary Law Merchant’ (2012) 90 Tex L Rev 1153; Sir John Baker, *Collected Papers on English Legal History* (CUP 2013) vol 3, chs 66 and 67; Adrian Leonard, ‘The Origins and Development of London Marine Insurance, 1547 - 1824’ (PhD (History) thesis, University of Cambridge 2013) 56 - 66; Emily Kadens, ‘The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct’ (2015) 7 JLA

외국계약이 영국의 보험법과 실무를 형성하는 데 미친 영향을 다룬다. 보험 실무는 외국으로부터 영국에 도입된 것인데, 외국의 실무와 아이디어가 영국 보험계약의 규칙에 중요한 영향을 미쳤다. 영국 법원은 19세기에 영국의 보험계약법은 더 이상 외국법의 도움을 필요로 하지 않는다고 선언하였다. 그러나 상사보험계약 시장은 전세계적이고, 외국과의 접촉이 영국법과 이 분야의 실무에 계속 불가피하게 영향을 미친다.

따라서 이 장의 목표는 이러한 주제를 시간 순서대로 영국의 해상보험법의 맥락에서 전개해나가는 것이다.⁸⁾ 이 논의는 보험증권의 해석(policy construction), 실질적 보험법규칙, 분쟁해결, 입법에 의한 개입과 외국으로부터의 영향으로 구성된다. 영국에서 가장 오래된 것에서부터 현재에 이르기까지 실무(그 중 일부는 잘 인용되는 것이고, 일부는 새롭게 발견된 것이다)를 살펴본다. 현재까지 사적 형성이 점진적으로 쇠퇴하였고 영국 상사보험규칙 형성에서 종속적인 역할을 하는 경향을 알 수 있다.

251; AB Leonard, 'London 1426 - 1601: Marine Insurance and the Law Merchant' in AB Leonard (ed), *Marine Insurance: Origins and Institutions, 1300 - 1800* (Palgrave Macmillan 2016) 151 - 60; Baker, 'Custom and Usage' (n 4) paras 62 - 64, 85. Guido Rossi, *Insurance in Elizabethan England: The London Code* (CUP 2016) 435 - 36는 '현재 시점에서 만장일치와는 거리가 멀지만 상인법이라는 개념에 반대하는 공감대가 있는 것으로 보인다'고 하였다(이탤릭체는 원문에 따른 것이다).

8) [원주 9] 많은 역사학자들이 영국의 해상보험의 역사를 다루었다. 법제사가 아닌 것으로, Frederick Martin, *The History of Lloyd's and of Marine Insurance in Great Britain* (Macmillan and Co 1876); WJ Jones, 'Elizabethan Marine Insurance: The Judicial Undergrowth' (1960) 2 Bus Hist 53; Harold E Raynes, *A History of British Insurance* (2nd edn, Sir Isaac Pitman & Sons 1964); JS Kepler, 'The Operating Potential of London Marine Insurance in the 1570's: Some Evidence from "A Booke of Orders of Assurances within the Royall Exchange"' (1975) 17 Bus Hist 44; CG Lewin, *Pensions and Insurance before 1800: A Social History* (Tuckwell Press 2003); Leonard, 'London Marine Insurance' (n 8); Leonard, 'London 1426 - 1601' (n 8); Anastasia Bogatyreva, 'England 1660 - 1720: Corporate or Private?' in AB Leonard (ed), *Marine Insurance: Origins and Institutions, 1300 - 1800* (Palgrave Macmillan 2016). 법제사에 관하여는 다음을 참조: WS Holdsworth, 'The Early History of the Contract of Insurance' (1917) 17 Colum L Rev 85; WS Holdsworth, *A History of English Law*, vol 8 (Methuen & Co 1925) 273 - 98; ADM Forte, 'Marine Insurance and Risk Distribution in Scotland before 1800' (1987) 5 LHR 393 (Scotland); JP van Niekerk, 'Marine Insurance Claims in the Admiralty Court: An Historic Conspectus' (1994) 6 SA Merc LJ 26; Ibbetson (n 7); JP van Niekerk, 'The Law and Customs of Marine Insurance in Antwerp and London at the End of the Sixteenth Century' (2011) 17 Fundamina 144; Guido Rossi, 'The Booke of Orders of Assurances: A Civil Law Code in 16th Century London' (2012) 19 MJ 240; Guido Rossi, 'Florence and the Great Fire: New Sources on English Commerce in the Late Sixteenth Century' (2012) 33 JLH 93; Rossi, 'England 1523 - 1601' (n 2); Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8); MacLeod (n 5).

[p. 198]

2. 사적 형성으로부터 해상보험계약법까지

영국 보험계약의 법과 실무의 역사는 대개 보험계약의 의미를 알려주는 실무, 이해, 규칙에 대한 이야기로, 이는 보험계약의 중개와 성립(placement)과 그에 기한 청구와 관련된다. 이 절에서는 역사상 진화하다가 결국에는 쇠락한 사적 형성의 역할을 다루고, 보험증권의 해석과 독자적(free-standing) 보험법 규칙, 분쟁해결의 예를 검토한다.

2.1 해상보험계약의 해석

영국의 해상보험은 그 표준적인 보험증권 문언이 아주 오랜 시간 동안 계속되어 왔다는 데 특징이 있다.⁹⁾ 영국 상인들은 15세기에, 제노아와 (조금 더 후에) 피렌체에서 온 상인들로부터 보험료를 내고 부보하는 실무를 접하였다.¹⁰⁾ 영어로 체결된 가장 오래된 보험증권문언은 1523년의 것인데, 이는 영국 상인들 스스로 런던에서 보험업을 영위하기 시작할 무렵 또는 그 직전이다.¹¹⁾ 1906년 해상보험법(Marine Insurance Act 1906)에 첨부된 LLoyd's SG (Ship & Goods) 약관의 문언과 구조는 1980년대까지 계속하여 사용되었는데, 여기서 16세기의 보험증권의 문언과 동일성을 분명히 식별할 수 있다.¹²⁾

⁹⁾ [원주 10] Rossi, 'England 1523 - 1601' (n 2) 131; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 27; MacLeod (n 5) 156 - 57.

¹⁰⁾ [원주 11] Rossi, 'England 1523 - 1601' (n 2) 133 - 37; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 30 - 52.

¹¹⁾ [원주 12] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 29 - 30, 53 - 56.

¹²⁾ [원주 13] 시간의 흐름에 따른 영국 보험계약의 예로: *De Moucheron c Sadler* (1565) 11 SS 54, 55 - 57 (policy dated 8 January 1565); William West, *The First Part of Simboleography*, vol 1 (London 1615) para 663 (precedent dated 20 December 1597); Martin (n 9) 46 - 48 (transcription of Bodl MS Tanner 74, fos 32 - 33, (policy dated 15 February 1614); TNA SP 16/363, fos 58r-59v and SP 16/367, fos 28r-29v (policies dated 4 July and 2 September 1637); TNA SP 16/481, fo 11 (policy dated 2 June 1641); *Goram v Sweeting* (1670) 2 Wms Saund 200, 200 - 01; 85 ER 964, 964 - 79 (policy dated 21 April 1669); Lincolnshire Archives 2 PG 12/2/8 (policy dated 30 December 1671); J P, *The Merchant's Dayly Companion* (2nd edn, London 1684) 351 - 54 (precedent dated 30 August 1683); LMA E/219/714 (policies dated 23 and 27 April 1686); The "Maria" (1692) Burr Adm 267, 267 - 68; 167 ER 566, 566 - 67 (policy dated

간결한데다 제한적으로 열거되어 있지 않은 런던의 표준계약서는 상인보험자 단체들에 그 증권의 해석에 관한 사적 형성의 기회와 필요를 제공하였다. 영국 보험법 가장 초기의 자료들에 의하면 계약의 효력을 정하는 데 상인보험자들의 실무와 이해를 참고하도록 되어 있는 것을 알 수 있다. [p. 199] 이를 참고하지 않고는 ‘보험증권의 실제 문언은 거의 의미가 없었다’.¹³⁾ 그러나 보험계약을 해석함에 있어 처음에는 상거래의 실무와 이해에 의존하였으나, 나중에는 판례에 의존하는 것이 선호되었다.

해사법원의 16세기 중반의 사건인 *Ridolphy v Nunez*¹⁴⁾ 사건이 초기의 예이다. 항해보험증권(voyage policy)에 이름이 기재된 피보험자가, 이름이 기재되지 않았으나 보험목적물에 이해관계를 갖는 사람을 대신하여 보상을 청구할 수 있는지가 문제되었다. 문제된 보험증권에는 ‘Robert Ridolphy and company doe assure as well for their acompte as for any other who so ever yt be’라고 기재되어 있었다.¹⁵⁾ ‘보험목적물인 재산과 관련된 모든 사람 또는 사람들’을 모두 포섭하는 것처럼 보이는 이런 종류의 문언은¹⁶⁾ 1540년대에 런던 시장에 나타났는데, 아마도 네덜란드에서 온 것으로 추측된다.¹⁷⁾ 해사법원은 *Ridolphy* 사건에서 보험증권의 의미를 해석함에 있어, 위와 같은 문언으로 런던의 Lombard Street나 Antwerp의 증권거래소에서, 보험증권에 이름이 기재된 피보험자가 보험목적물이 이름이 기재되지 않은 다른 사람의 소유이더라도 그 손실에 대한 보상을 받을 수 있다는 내용의 ‘관습에 관한 서면 증거’를 조사하였다.¹⁸⁾ (재)피보험자가 승소한 것에 비추어 보면 이 증거가 설득력이 있었던 것으로 보인다.¹⁹⁾

29 June 1692); Alexander Justice, *A General Treatise of the Dominion of the Sea* (3rd edn, London 1724) 649 - 53 (precedents dated ca 1705); *Goodwin v Daniell* (1737) LMA C/104/199 (policies dated 30 December 1729, 5 May and 28 August 1730); Nicolas Magens, *An Essay on Insurances*, vol 2 (London 1755) 383 - 85 (precedent dated 6 July 1753); Martin (n 9) 158 - 60 (Lloyd’s SG policy form confirmed on 12 January 1779); Stamps Act 1795 (35 Geo 3 c 63), sch; Marine Insurance Act 1906, sch 1.

¹³⁾ [원주 14] Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 203.

¹⁴⁾ [원주 15] (1562) 11 SS 52.

¹⁵⁾ [원주 16] *ibid*.

¹⁶⁾ [원주 17] *Godin v London Assurance Co* (1758) 1 Burr 489, 491; 97 ER 419, 420에 제시된 예이다.

¹⁷⁾ [원주 18] Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 138, BL MS Harl 5103, fo 160r, BL MS Add 48023, fo 250r; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 238 - 44, 508 - 09, 511; Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 62 - 63을 인용함.

¹⁸⁾ [원주 19] *Ridolphy* (n 15) 52 - 53.

¹⁹⁾ [원주 20] Sub nom *Ridolphy c Nunez* (1565) 11 SS 132; Ibbetson (n 7) 295도 논의한다.

중세와 근대 초기의 보통법 법원에서는 상인들이 그 관습에 관한 생생한 증거를 제공하기 위해 소환되었다.²⁰⁾ 법원은 마치 대륙법(civil law) 박사를 불렀던 것과 마찬가지로 방법으로 상인전문가를 불렀다.²¹⁾ *Pickering v Barkley*²²⁾ 사건에서 King's Bench²³⁾ 법원에서는 '위험(perils)'과 '해상위험(dangers of the seas)'이라는 문언의 해석과 그 문언이 전쟁에서 불상자에 의한 선박 억류(capture)를 포함하는지 문제되었다. 'Trinity House의 장인 Granly와 그리고 다른 충분한 상인'이 이 문제에 관하여 법원에서 생생한 증언을 하기 위해 소환되었다.²⁴⁾ [p. 200] 그리고 법원이 관련된 문언의 해석과 보험법원(court of assurances) 상인들의 실무에 관하여 여러 상인들을 증언을 들었다.²⁵⁾ 그들에 의하면 '해상위험'은 해적과 적군(men of war)을 포함하는 것이었다. 그 후의 사건들에서 이 문제는 판결로(by authority) 해결된 것으로 취급되었다.²⁶⁾ 이는 사적 형성에 의한 해결방법이 판례가 된 초기의 예에 해당한다.

20) [원주 21] Rogers (n 8) 28 - 29는 상인 증인과 특별상인배심원이 13세기와 14세기에 이렇게 소환되었다고 한다.

21) [원주 22] 이를테면 다음을 참조: *Vanheath v Turner* (1621) Win 24, 124 ER 20; *Anonymous* (1668 - 1669) Hardr 485, 486; 145 ER 560, 560-61; John Vincent, 'Reading on 43 Eliz 1 c 12, of policies' (notes by Joseph Keble, Grays' Inn, March 1669) Bodl MS Rawl C 824, 399 (Baker ELM #L125 at fiche 86), Jeffrey Thomson, 'John Vincent's Reading at Gray's Inn, 1668/9, on the Merchants' Assurances Act 1601' (2017) 38 JLH 308, 327가 논함. '대륙법계'로부터 보통법 법원이 의견을 청취한 예: *Captaine de Holland et Marchant de Portuig* (1605) HLS MS 118(c), fos 111v - 12r (Baker ELM #R25 at fiche 131); *Geere v Myngard* (1605) HLS MS 118(c), fos 90r-92r (Baker ELM #R25 at fiche 130); *Greenway v Barker* (1612) Godb 260, 260 - 61; 78 ER 151, 152, sub nom *Greenway v Baker* (1612) HLS MS 114, fos 78v - 79r (Baker ELM #R22 at fiche 119); *Trantor v Watson* (1703) 6 Mod 11, 13; 87 ER 776, 777 - 78 (BR).

22) [원주 23] (1648) Style 132, 82 ER 587; *Henry Rolle, Un Abridgment Des Plusieurs Cases et Resolutions Des Common Ley* (London 1668) 248, no 10. 이 분쟁은 보험이 아니라 용선계약에 관한 것이었다.

23) [역주] 중요사건의 1심을 처리하는 High Court는 Queen's Bench(재위 중인 국왕의 성별에 따라 King's Bench가 되기도 한다), Chancery, Family division으로 이루어져 있다. Queen's Bench 하에 해사법원, 상사법원, 행정법원, 상사법원, 기술 및 건설법원이 소속되어 있다(<https://www.gov.uk/courts-tribunals/queens-bench-division-of-the-high-court>, 2021. 6. 1. 최종방문).

24) [원주 24] *Pickering* (n 23) Style 132, 82 ER 588.

25) [원주 25] Rolle (n 23) 248, no 10. 보험법원에 관하여는 nn 117 - 37에 기재된 문헌들 참조.

26) [원주 26] 아래 사건에서 소송대리인의 주장 참조: *Jefferyes v Legendra* (1691) 1 Show KB 320, 322 - 23; 89 ER 599, 600 - 01; sub nom *Jefferies v Legendra* (1691) 4 Mod 58, 60; 87 ER 261, 262. T 다른 공보는 이 점을 언급하지 않는다: Carth 216, 90 ER 730; Holt KB 465, 90 ER 1156; 2 Salk 443, 91 ER 384; 3 Lev 320, 83 ER 710. '선하증권인지 또는 보험증권인지'라는 제목의 *Barton v Wolliford* (1687) Comb 56, 90 ER 341; James Allen Park, *A System of the Law of Marine Insurances* (London 1787) 69의 논의 참조. cf 템즈강에 정박된 선박에서의 강도는 '해상위험'이 아니다: *Mors v Sluce* (1672) 1 Mod 85, 86 ER 752; sub nom *Morse v Slue* (1672) 2 Lev 69, 83 ER 453; 1 Vent 190, 86 ER 129; (1673) 1 Vent 238, 86 ER 159; sub

상인들의 이해 역시 17세기 후반과 18세기에 호위담보특약(convoy warranty) 해석을 위해 참조되었다.²⁷⁾ 당시 영국 보험증권에 그러한 조항이 흔했는데, 통상 부보된 선박이 ‘호위된 채로 발항하는 것을 담보(depart with convoy)’하는 것으로 되어 있었다. *Jefferyes v Legendra*²⁸⁾에서는 이 담보특약이 부보된 선박 발항 당시 뿐만 아니라 계속하여 호위된 채로 운항할 것을 의미한다고 판단하였다(선장이나 보험계약자의 잘못 없이 호위대와 분리되지 않은 한). 따라서 그 담보특약은 *문언대로*가 아니라 상인들이 이해하는 바대로 해석되었다.²⁹⁾ *Lethulier*³⁰⁾ 사건에서는 선박이 런던에서 ‘호위된 채로 발항할 것’이 담보된 상태에서 항해보험계약이 체결되었다. 그런데 선박이 말 그대로 런던에서 호위된 채로 발항하는 것은 불가능하였다. 호위대를 만날 수 있는 가장 편리한 곳은 Kent 지방의 해안가인 Downs였다. King’s Bench는 상인들의 관행(usage), 즉 어디에서 호위대를 만나는지에 따라 담보특약을 해석하였다. 따라서 선박이 런던에서 Downs까지 호위되지 않은 채로 항해한 것이 담보특약 위반이 아니라고 판단하였다.³¹⁾

호위담보는 반세기 후 King’s Bench에서 문제가 되었다. *Victorin v Cleeve*³²⁾ 사건의 쟁점은 *Jaefferyes* 사건과 유사하였고, William Lee CJ와 배심원들이 ‘이 합의는 그 정확한 문언의 의미에 제한된 적이 없었다’는 이유로, 그 선례에 따라 담보를 해석하였다.³³⁾ *Gordon v Moreley*³⁴⁾에서 보험계약은 런던에서 지브롤터까지 항해를 대상으로 하고 있었는데, ‘호위된 채로 발항하는 것을 담보’하였다.³⁵⁾ 그 선박은 런던에서 도버해협까지 호위되지 않은 채 항해하던 중 억류되었다. 이 사건에서, [p. 201] Sir William Lee CJ는 상인인 특별배심원과 함께 ‘다수의 상인과 사무원

nom *Mors v Slew* (1672) 2 Keb 866, 84 ER 548; 3 Keb 72, 84 ER 601; (1673) 3 Keb 122, 84 ER 624; 3 Keb 135; 84 ER 638; Justice (n 13) 421 - 22, 480 - 81에서 논한다.

27) [원주 27] Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 123는 당시 상인들의 호위대 사용에 대하여 찬반 요소를 논한다.

28) [원주 28] *Jefferyes* (n 26).

29) [원주 29] *[Unknown] v Ormston* (1715) 10 Mod 286, 287; 88 ER 731, 731 (소송대리인의 주장, 원문에 이탤릭체로 표시되었다).

30) [원주 30] (1692) 2 Salk 443, 91 ER 384; Park (n 26) 38에서 논하였다.

31) [원주 32] *Lethulier’s Case* (n 30) 2 Salk 443, 91 ER 385 (Sir John Holt CJ의 반대이견). *Jeffreys v Lethulier* (ca 1692) HLS MS 4071, vol 3 (Thomas Thoroton’s reports) 16 - 18 (Baker ELM #R91 at fiche 681)도 참조: 이 점에 대하여 *Peirson v Pounteys* (1608) Yelv 135, 136; 80 ER 91, 91 - 92를 인용하였다.

32) [원주 33] (1746) 2 Str 1250, 93 ER 1162.

33) [원주 34] *ibid* 2 Str 1251, 93 ER 1163.

34) [원주 35] (1747) 2 Str 1265, 93 ER 1171.

35) [원주 36] *ibid*.

(office-keeper)들의 증언을 들었다[사무원들은 보험중개인의 역할을 하였다].³⁶⁾ 그는 *Lethulier* 사건을 근거로 배심원들과 함께 이것이 담보 위반이 아니라고 판단하였다. 왜냐하면 선박이 억류당했을 당시 적절한 호위대와 만나기로 한 장소(Spithead)까지 이르지 못하였기 때문이다. Sir William의 이러한 결론은 그러한 담보가 ‘통상(commonly) 이해되는 바’에 따른 것이었다.³⁷⁾

18세기 후반에 Lord Mansfield CJ는 다른 조항을 해석하게 되었는데, 그 조항은, 보험계약자가 보험목적물인 선박이 지브럴타에서 호위된 채로 항해하고 도착한 경우(sailed with convoy, and arrived) 보험료를 돌려받는다든 내용이었다.³⁸⁾ King’s Bench는 ‘sailing with convoy’, ‘sailing with convoy for the voyage’, ‘with convoy’의 의미 구분에 관하여 상인인 전문증인의 증언을 들었다.³⁹⁾ Lord Mansfield가 그 증언을 들은 목적은 ‘사안에서 문언의 고정된 기술적 의미를 부여하는 관행이 있는지를 확인하기 위한 것’이었다.⁴⁰⁾ (새로운 재판 후에), 결국 배심원은 관행에 부합하는 판결을 내렸다.⁴¹⁾

전근대시대의 상인들의 실무와 관련된 보험증권 해석의 더 많은 예로, 초과보험(over-insurance)의 사례들을 들 수 있다. 통신수단이 느렸기 때문에 멀리 떨어져 있는 곳의 적하(cargo)가 보험목적물이 된 경우, 그 적하의 특징이나 가치도 알지 못한 채 런던에서 보험계약이 체결되기도 하였다. 17세기의 실무가들은 그런 보험을 ‘품목에 관한 보험(on-account)’이라고 불렀다. 그런 경우 보험금액(the amount of subscribed)이 보험가액(value at risk)보다 더 많았다. 이에 의문이 제기되었다. 손해가 발생하면, 보험자가 보험금을 지급할 의무가 있는가? 그리고 보험가액이 보험금액보다 적은 경우 어떤 보험자가 보험료를 돌려주어야 하는가? 보험증권에는 보통 명시적인 답이 없었다. 두 가지 해결방법이 제시되었다. 첫째, 각 보험자의 보험금액(line)이 효과적으로 배분되도록 진정한 보험가액과 보험료(right to premium)를 보험금에 비례하여 배분하는 것이다.⁴²⁾ 둘째, 가장 마지막으로 인수한 보험자(들)이 보험료를 돌려주고 손해로 인한 보험금지급의무를 면하는 것이다: 가장 마지막에 보험을 인수한 보험자

³⁶⁾ [원주 37] *ibid.*

³⁷⁾ [원주 38] *ibid.* (강조는 저자가 추가한 것이다).

³⁸⁾ [원주 39] *Lilly v Ewer* (1779) 1 Doug KB 72, 72; 99 ER 50, 51. Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 182는 이런 조항을 논한다.

³⁹⁾ [원주 40] *Lilly* (n 39) 1 Doug KB 73, 99 ER 51.

⁴⁰⁾ [원주 41] *ibid.*

⁴¹⁾ [원주 42] *ibid.* 1 Doug KB 74, 99 ER 52 fn 7.

⁴²⁾ [원주 43] 이것이 네덜란드의 실무였다: Thomson (n 22) 324 fn 102.

들은 더 이상 부보할 피보험이익이 없었기 때문에 그 보험계약이 무효라고 보는 것이다. 17세기 영국 상인들은 시간적 해결방법인 후자⁴³⁾를 더 선호하였고, *African Company v Bull*⁴⁴⁾ 사건에서 King's Bench는 그 지역의 실무를 법으로 받아들였다. £2,300 이하의 물품이 항해보험에 부보되었고, 보험증권의 23번째 보험자가 마지막 £100에 관하여 보험계약을 체결하였는데, 그 보험자가 발생한 손해에 대하여 책임이 없고 보험료를 돌려줄 의무만 있다고 주장하였다. 그런데 그 보험자 전에 보험을 인수한 보험자가 도산하였기 때문에 보험계약자는 이를 부인하였다. 법원은 보험자에게 ‘관습’을 증명할 것을 명령하였고, 재판에서 이를 [p. 202] ‘보험증권이 특정한 가액의 물품을 목적으로 하거나 가액을 백지로 하지 않고, 품목에 관하여 체결된 경우 (where the policy is upon the account) 마지막 보험자가 이에 구속되지 않는다’는 것을 모든 방법으로 매우 명확하고 충분하게 증명하였다.⁴⁵⁾ 배심원이 보험자 손을 들어주었고, 법원은 그 이전의 보험자가 도산하였음에도 이 관습이 합리적이라고 판단하였다.

품목에 관한 보험의 예는 다른 이유로도 흥미로운데, 마지막 보험자가 책임을 면한다는 원칙은 그 후 사라졌다. 18세기 중반부터, 분명히 Masnfield CJ의 견해대로 비율대로 배분하는 것이 관습이 된다.⁴⁶⁾ ‘[*African Company v Bull*에서] 모든 방법으로 증명된 관습은 이제 잊혀진 듯하다’⁴⁷⁾ 그러나 이제 초과보험의 경우 각 보험자의 보험금액의 비율대로 배분하는 것이 ‘런던의 해상과 비해상시장의 구속력 있고 승인된 관습’이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

이런 사례들은 가장 초기부터 상인의 실무가 영국 해상보험계약을 해석하는 데 결정적인 역할을 하였음을 보여준다. 이런 사례들은 그런 실무로부터 영향을 받은 해

43) [원주 44] *ibid* 322 - 24.

44) [원주 45] (1687) HLS MS 4071, vol 1 (Thomas Thoroton's reports) 73 - 74 (Baker *ELM* #R90 at fiches 678 - 80); (1690) 1 Show KB 132, 89 ER 495.

45) [원주 46] *ibid* 1 Show KB 133; 89 ER 496 (원문에 이탤릭체로 표시되었다).

46) [원주 47] Sir Joseph Arnould, *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average* (Charles C Little and James Brown 1849) vol 1, 292 - 96; Samuel Marshall and William Shee, *A Treatise on the Law of Marine Insurance, Bottomry, and Respondentia* (5th edn, Shaw and Sons 1865) 103 - 05.

47) [원주 48] Marshall and Shee (n 47) 105.

48) [원주 49] John Birds, Ben Lynch and Simon Paul, *MacGillivray on Insurance Law* (14th edn, Thomson Reuters 2018) para 37.017. cf *General Accident Fire and Life Assurance Corp v Tanter (The Zephyr)* [1985] 2 Lloyd's Rep 529, 531 (Mustill LJ): ‘이 기형적 현상[즉, 초과보험]은 각 보험계약의 보험금의 비율대로 배분하는, 개별 [보험]계약에 대한 자동적, 묵시적 변경-그 정확한 사법적 근거를 들 필요가 없다’므로 해결되고 있다(강조는 저자가 추가한 것이다).’

석이 판례에 어떻게 반영되는지 보여준다. 그 과정은, 앞으로 보겠지만, 이 분야에서 사적 형성의 중요성을 감소시키는 데 상당히 기여하였다.

2.2 해상보험법의 실질적 규칙

일반적으로 현대 초기의 영국 법관들은 상인들의 관습으로 당사자들이 가질 것으로 기대한 권리와 의무가 무엇인지 알 수 있으나, 소권(action), 절차, 소멸시효 등 실질적 법적 문제를 결정하지는 않는다는 입장을 취했다.⁴⁹⁾ 따라서 현대 초기의 법원은 상인의 실무에 기초한 배심원의 판결이 보통법에 반하는 것으로 여겨지는 경우 이를 취소하였다.⁵⁰⁾ 그럼에도 해상보험시장은 보험증권 해석과 관련된 문제 뿐만 아니라, 보험실무의 독립적, 실질적 규칙에 관한 관습도 승인하였다. 일부 사건에서 법원은 그런 상인들의 규칙에 효력을 부여할 것을 요청받았는데, 이러한 노력이 성공하는 정도가 달랐다.

첫 번째 예는 보험계약 양도에 관한 것이었다. 환어음 사건에서, 환어음의 유통성(negotiability)을 인정하려면 보통법상 약인의 원칙의 예외에 해당되어야 했다. [p. 203] 그러나 이는 별다른 어려움 없이 인정되었다. 17세기와 18세기의 영국 법원은 보통법이 환어음이 구속력 있는 법적 의무를 창설한다는 상인들의 기대를 반영해야 한다고 믿었기 때문이다.⁵¹⁾ 이와 유사하게, 16세기와 17세기 변호사들은 영국법은 적절한 경우 보험계약의 제3자가 그에 따른 이익을 향유할 수 있어야 한다는 상인의 기대를 반영하여야 한다고 주장하였다. 이러한 결과에 이르는 방법 한 가지는 이미 논하였다: ‘관련된 사람을 위하여’ 보험계약을 체결하는 실무는 16세기 해상법원에 의해 인정되었다.⁵²⁾ 그리고 19세기 무렵에 법은 그러한 문언이 없더라도 현명되지 않은 본인이 대리인의 이름으로 체결된 보험계약에 기하여 소를 제기할 수 있다는 입장까지 나아갔다.⁵³⁾ 17세기 보통법 변호사들은 더 급진적으로 상사사건에 적용되

⁴⁹⁾ [원주 50] Rogers (n 8) 166 - 67, 252.

⁵⁰⁾ [원주 51] Rogers (n 8) 146 - 49, 178 - 84, 180 fn 40, citing *Potter v Pearson* (1702) 2 Ld Raym 759, 92 ER 7; sub nom *Pottet v Pearson* 1 Salk 129, 91 ER 122; Holt KB 33, 90 ER 916 (Holt CJ). 1669년의 John Vincent의 강독회에서, 다른 Holt라는 사람이 보험법원도 ‘보통법의 원칙에 따라’ 재량을 행사하여야 한다고 주장하였다: Vincent (n 22) 385. *Rooke's Case* (1598) 5 Co 99b, 100a; 77 ER 209, 210도 참조: ‘위원회가 위원에게 그 재량에 따라 판단하라고 하였음에도 불구하고, 그 절차는 합리성과 법의 원칙에 따라 제한되고 구속되어야 한다.’ (각주 생략).

⁵¹⁾ [원주 52] Rogers (n 8) chs 6, 8.

⁵²⁾ [원주 53] nn 5 - 20의 문헌 참조.

는 예외적인 원칙에 의하여든, 아니면 신탁과 같은 형평법상 원칙에 의해서든 보험 계약의 양도가 가능하다고 주장하였다.⁵⁴⁾ 결국 19세기에 보험계약의 형평법상 양도가 받아들여진 것으로 보인다.⁵⁵⁾ 나중에는 입법에 의해 근거가 마련되었다.⁵⁶⁾ 그러나 그 법이 제정된 후에도 상인들의 관습이 양도에 효력을 부여하는 방법을 정하는 데 계속하여 역할을 하였다[예를 들어 변경되지 아니한(un-endorsed) 적하보험증권을 인도하는 것⁵⁷⁾].

법원이 과거에 반영하려 하였던 상인들의 실무에 의하여 인정된 다른 규칙들은 무소식일 때 선박의 멸실(loss)을 추정하는 것이었다. 이는 1570년대와 1580년대의 London Book of Orders⁵⁸⁾의 다양한 버전에 수록되었다. 이 책은 무엇보다도 보험에 관한 동시대 런던 상인들의 관습을 엮어내기 위한 것이었다.⁵⁹⁾ 그 책의 알려진 두 버전은 만약 특정기간이 지나도록 선박에 관한 소식이 없으면 바다에서 멸실된 것으로 추정한다고 규정하였다. 그리고 보험계약자는 부보된 재산을 포기하고 선박이 다시 나타났을 때를 대비한 보증(bond with sureties)을 제공하는 것을 조건으로 보험금을 청구할 수 있었다.⁶⁰⁾ 그 책의 한 버전은, 스페인이나 포르투갈에서 선적된 적하보

53) [원주 54] *Browning v Provincial Ins Co of Canada* (1873 - 74) LR 5 PC 263, 271 - 73; MD Chalmers and D Owen, *A Digest of the Law of Marine Insurance* (William Clowes and Sons 1901) 59.

54) [원주 55] Vincent (n 22) 385 - 90; Thomson (n 22) 320 - 22.

55) [원주 56] *Powles v Innes* (1843) 11 M & W 10, 12, 13; 152 ER 695, 695, 696 (Parke B).

56) [원주 57] Policies of Marine Assurance Act 1868; *Lloyd v Fleming* (1871 - 72) LR 7 QB 299; Marine Insurance Act 1906, s 50; Chalmers and Owen (n 54) 58 - 59.

57) [원주 58] John Dunt, *Marine Cargo Insurance* (2nd edn, Informa Law from Routledge 2015) para 3.56; 그러나 paras 3.49 - 3.55는 보험증권의 양도가 양도로서 기능하기보다 이로써 새로운 보험 계약이 체결되는 것이라고 주장한다.

58) [역주] London Book of Orders는 1570년대에서 1580년대 초에 집필되었다. 16세기에 이르러 영국의 상관습은 재빠르게 진화하였고, 이탈리아의 영향에서 벗어나고 있었다. 당시 영국은 네덜란드와 교역을 활발히 하였는데, 이에 따라 런던 보험실무에 네덜란드의 관습이 반영되었다. 그 런던 영국 보험관습의 급격한 발전과 보험시장의 성장, 여러 법원의 관할권 경합으로 인해 보험시장의 불확실성이 증대되었고, 이에 대응하여 상인들이 보험법원을 설립하고 자신들의 관습을 성문화하였다. 그 결과 London Booke of Orders에 영국에 특유한 매우 상세한 보험관습이 집대성되었다.

상세는 Guido Rossi, "The Booke of Orders of Assurances: A Civil Law Code in 16th Century London", (2012) 19 MJ 240 참조.

59) [원주 59] Ibbetson (n 7) 299-301; Rossi, 'The Booke of Orders' (n 9) 245 - 47, 250 - 52; Leonard, 'London Marine Insurance' (n 8) 90 - 91. Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 60 - 61, 145 - 48, 161 - 63는 그 후의 버전인 BL MS Harl 5103이 런던의 실제 상인의 관습에 관하여 보다 신뢰할 만한 증거를 담고 있다고 주장한다.

60) [원주 60] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 320 - 24, 394 - 96, 516 - 18, 622 - 25, discussing BL MS Harl 5103, fos 161r - v, 177v - 78r, BL MS Add 48023, fos 251v - 52r, 267v.

험의 경우, 보험계약이 체결된 후 18개월이 지나도록 아무 소식이 없으면 보험계약자가 그 청구가 불법이었음이 밝혀진 때로부터 2년간 이를 반환하기 위한 보증을 제공하는 것을 조건으로 보험금을 청구할 수 있었다.⁶¹⁾ [p. 204] 이는 상호경색적 무역(interloping trade)을 하던 상인인 보험계약자들을 위한 것으로 추정된다. 그 후의 버전인 것으로 보이는 다른 책에서도 유사한 규정을 발견할 수 있다. 보험계약이 체결된 후 2년간의 기간을 규정하는데, 보증에 관한 규정은 없다.⁶²⁾ 그러나 두 버전 모두 상호경색적 항해(interloping voyage)에 한정되지 않은 더 일반적인 조항을 포함하는데, 이는 선적항에서 발항한 후 부보된 선박이 마지막으로 보인 때로부터 1년 1일간 소식이 없다면, ‘만약 그 선박이 안전하였다면 통상 소식을 전하였을 상황에서’,⁶³⁾ 선박이 멸실된 것으로 추정한다고 규정한다. 보험계약자는 이 조항에 의하여 부보된 재산을 위부하고(abandon), 보험자들은 위부 후 2개월 안에 그 선박이 그 2년의 추정기간 중 어느 시점에 안전하였던 것을 증명하지 않는 한 보험금을 지급할 의무가 있었다. 그러나 이런 일반조항에 의한 보험금 지급은 1년 1일의 기간 동안 부보된 재산이 도착하였거나 그것이 안전하다는 것이 알려졌을 경우 보험계약자가 보험금 반환을 위한 보증을 제공하는 것을 조건으로 하였다.⁶⁴⁾

이와 같은 추정기간에 관한 관습은 16세기 초 이미 런던 실무의 특징이었다.⁶⁵⁾ 보통법 변호사들은 1669년에 John Vincent의 강독회⁶⁶⁾에서 이러한 추정이 상인들의 사적 형성의 산물이었고 그 성질상 예외적인 것임을 강조하는 논의를 하였다. 당시 발언자들은 그 상인규칙을 정확하게 설명하였다: 소식이 없어야 하는 추정기간은 1년 1일이었고, 그 기간이 경과하면 보험계약자가 후에 선박이 안전한 것으로 밝혀지는 경우를 대비한 담보를 제공하는 조건으로 위부하고 보험금을 청구할 수 있었다.⁶⁷⁾

61) [원주 61] ibid 515, 517, BL MS Add 48023, fo 251v를 인용한다.

62) [원주 62] ibid 518, BL MS Harl 5103, fo 161r를 인용한다.

63) [원주 63] ibid 622, BL MS Harl 5103, fo 177v를 인용한다; ibid 623은 BL MS Add 48023, fo 267v를 인용하는데 이와 실질적으로 같다.

64) [원주 64] ibid 622-25는 BL MS Harl 5103, fos 177v - 79r, BL MS Add 48023, fo 267v를 인용한다.

65) [원주 65] ibid 321 - 23; *De Castro c Yonge* (1562 - 63) HCA 24/33/200은 11 SS lxviii에 언급되었다; *De Salizar (or Salazar) c Blackman* (1555) 11 SS 49 - 50.

66) [역주] Gray's Inn의 판사였던 John Vincent가 1668-1669년에 개최한 1601년 상인보험법(Merchants' Assurances Act 1601)에 대한 강독회.

(<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01440365.2017.1388001> 참조. 2021. 6. 1. 최종방문)

67) [원주 66] Rogers (n 8) 187는 *Tercese v Geray* (1677) Finch 301 (Ch)를 인용하여, 선하증권이나 환어음을 분실한 사람이 그 분실된 선하증권이나 환어음이 제시될 경우에 대비하여 충분한 보상을 약속하는 경우에 한하여 발행인이나 지급인으로부터 지급받을 수 있다는 것과 유사하다

참가자 중 한 명은 7년간 소식이 없으면 배우자가 사망하였다는 추정을 도입하기 위해 입법(Bigamy Act 1603⁶⁸⁾)이 필요하였음을 언급하였다. 그렇다면 보통법이 어떻게 해상보험에서 이보다 훨씬 짧은 추정기간을 둘 수 있는가?⁶⁹⁾ 그러나 다른 참가자들은 상인들의 추정에 법적 효력이 부여될 수 있고 부여되어야 한다고 주장하였다. 현재 방법론에 따르든지(예를 들어 법원이 소식이 없음을 이유로 멸실사실을 인정하고, 보험계약자를 위한 임시판결을 하는 등); 아니면 보다 직접적으로, 이러한 추정을 보통법에서 예외적인 원칙으로 인정하든지.⁷⁰⁾

18세기 무렵에는 상인들의 추정을 법에 반영하기 위한 노력이 실패하였다는 것이 분명해 보인다. King's Bench의 *Green v Brown*⁷¹⁾ 사건에서 당사자는 부보된 선박이 침몰하였다는 추정에 효력이 부여되어야 한다고 주장하였다. ‘Charming Peggy’라는 선박이 1739년에 North Carolina로부터 런던까지 항해를 위해 부보되었다. 그 선박은 [p. 205] 4년 전 부보된 항해를 위해 발항한 이래 소식이 없었다. 아마도 상인 또는 선원들이었을 ‘몇몇 증인들’이 소환되었고, ‘이런 경우 그 추정이 [그 선박이] 바다에서 침몰하였다는 것이고, 다른 종류의 손해는 일반적으로 소식이 전해진다는 것임을 증명’하였다.⁷²⁾ Sir William Lee CJ는 ‘승선한 모두가 익사하였을 것으로 추정되는 상황에서’ 보험계약자가 바다에서 침몰함으로써 발생한 손해에 대한 ‘확실한 증거’를 제출할 것을 기대하는 것은 합리적이지 않다고 하였다.⁷³⁾ 보험계약자는 가능한 가장 좋은 증거를 제출하였고 이는 배심원들의 결정에 적절히 맡겨졌다. 배심원들은 보험계약자의 손을 들어주었다. 케이스 리포트는 간략하지만, 배심원들이 관습상 추정에 따라 평결할 것을 지시받지 않았고 단순히 증거에 의하여 선박이 침몰하였을 내재적 가능성에 따라 판단하였던 것이라고 볼 여지가 있다. 만약 그렇다면 이는 20년쯤 후 *Newby v Read*⁷⁴⁾ 사건에서 Lord Mansfield CJ가 취한 입장과 일관성이 있다. Park는 고정된 추정기간을 규정한 ‘영국법의 규율 또는 상인의 관행(usage)’ 찾을 수 없고, 대신 ‘사물의 성질에 비추어 어떤 것이 합리적인 기간이어야 하는지(침몰하였다고 추정하기 위해 어느 정도의 기간 동안 소식이 없어야 하는지)는 언제나 다양한 명백한

고 한다.

68) [원주 67] 1 Jac 1 c 11. Cestui que Vie Act 1666 (18 & 19 Car 2 c 11)도 참조.

69) [원주 68] Thomson (n 22) 325.

70) [원주 69] *ibid* 325 - 28.

71) [원주 70] (1743) 2 Str 1199, 93 ER 1126.

72) [원주 71] *ibid* 2 Strange 1200, 93 ER 1126.

73) [원주 72] *ibid*.

74) [원주 73] (1763) Park (n 26) 71-72.

사정들에 따라 좌우됨'을 주지하였다.⁷⁵⁾ Park는 나아가

보험자들 사이의 실무, 즉 유럽 어느 지역으로 향하든 발항(또는 마지막 소식으로부터) 후 6개월, 그리고 그보다 먼 경우 12개월 동안 소식이 없으면 침몰한 것으로 추정한다는 것은 충분히 합리적으로 보인다; 이 실무에 대한 유일한 반론은 후자의 기간이 인도로 향하는 항해에는 부족하다는 것이다. 그러나 이는 보험자가 고려해야 할 사항이다; 그리고 그가 실제로 선박이 침몰하지 않았는데 선박이 침몰하였다고 가정하고 착오로 돈을 지급하였다면, 보험계약자가 이를 반환하지 않으려는 경우 금전지급청구의 소로써 이를 반환받을 수 있다.⁷⁶⁾

따라서 18세기 보통법은 구체적이고 고정적인 추정기간을 두던 수백 년 된 상인규칙 대신, 사실의 판단자에게 적절한 경우, 사안의 상황으로부터 손해를 인정하는 한정된 수준의 자유만을 인정하였다.⁷⁷⁾ 그리고 나중에 보험금이 착오로 지급되었음이 밝혀지는 경우 보험자에게 이를 반환하기 위한 담보가 제공되지 않았다.⁷⁸⁾

상인의 실무에서 발생한 실질적 보험법 규칙의 마지막 예는 계약 전 정보제공의무와 표시, 그리고 최대선의의의무(duty of utmost good faith)이다.⁷⁹⁾ [p. 206] 런던의 16세기 Book of Orders는 나중에 1906년 해상보험법 제17조⁸⁰⁾에 포함된 것과 비슷한 조항을 규정하여, 사기방지에 대한 상인보험자들의 집착⁸¹⁾을 보여준다. 이는 이렇게

75) [원주 74] Park (n 26) 72 (원문에서 이탤릭체로 표시되었다); Justice (n 13) 654도 그런 규칙에 관하여 아무런 언급을 하지 않는다. Sir Joseph Arnould, *A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average* (Charles C Little and James Brown 1849) vol 2, 794; Chalmers and Owen (n 54) 70도 참조. 그리고 Marine Insurance Act 1906 제58조는 '합리적인 기간이 경과한 후 [실종된 선박에 관한] 소식이 없는 경우, 현실전손이 추정될 수 있다'고 규정한다(강조는 저자가 추가한 것이다).

76) [원주 75] Park (n 26) 72.

77) [원주 76] 이것이 일부 사안에서는 고정적인 추정기간을 두는 것보다 피보험자에게 유리할 수 있다: *Houstman v Thornton* (1816) Holt NP 242, 171 ER 229 (Sir Vicary Gibbs CJ), 9개월간 무소식이 추정에 이르기엔 충분하다고 하였다.

78) [원주 77] 7 See also Arnould, *Marine Insurance* vol 2 (n 74) 793 - 94, 1241, 1310.

79) [원주 78] Howard Bennett, 'The Three Ages of Utmost Good Faith' in Charles Mitchell and Stephen Watterson (eds), *The World of Maritime and Commercial Law: Essays in Honour of Francis Rose* (Hart Publishing 2020)도 역시 이 개념에 대한 유익한 역사를 알려준다.

80) [원주 80] 즉: '해상보험계약은 최대선의의의무에 기초한 계약이고, 일방당사자가 최대선의의의무를 준수하지 않은 경우 상대방은 계약을 해지할 수 있다.'
(이탤릭체로 표시된 부분은 Insurance Act 2015에서 삭제되었다.)

81) [원주 79] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 493, BL MS Add 48023, fo 246r (ca 1570s)을 인용한다: '선박보험계약이나 적하보험계약은 사기(Fraunde)나 교활함(guyle) 없이 체결

규정하고 있다.

보험계약을 체결하려는, 그리고 보험계약으로 이익을 취득하려는 모든 사람 등은 보험자에게 손해를 가하거나 방해하는 어떤 것도 숨겨서는 안 된다. 그는 단순히 진정한 의미로 보험자에게 계속하여 보증을 제공해야 하고, 보험자를 방해하는 기망을 하여서는 안 된다. 보험자가 단순히 그리고 진정한 의미로, 그 자신을 보험계약자의 위치로 만들었기 때문이다. 따라서 보험계약자는 보험자에게 해가 되는 술수를 부리거나 기망을 하여서는 안 된다. 그리고 기망이 발견되면 그 보험계약은 무효이고 보험자는 면책된다.⁸²⁾

Book of Orders 이전에도 보험계약자가 보험계약 당시 사고가 있었음을 알았던 상황에서 이를 숨기는 것을 방지하는 원칙이 런던에서 적용되었다는 증거가 있다.⁸³⁾ 그리고 적절한 사안에서, 16세기의 보험자들은 보험계약자가 보험계약 이전의 손해를 알고 있었던 것으로 간주하는 관습에 따라 면책될 수 있었다. Sir Nicholas Bacon LK가 1560년대에 판단한 사건⁸⁴⁾에서 런던 보험자들은 보험계약이 체결되었을 당시 부보된 적하가 손상되었다는 소식이 런던에 도달하였을 수 있었다(따라서 보험계약자가 알았다)는 이유로 면책되어야 한다고 주장하였다.⁸⁵⁾ 그러나 17세기 무렵과 18세기에 이 간주규칙은 잊혀진 것으로 보이고,⁸⁶⁾ 보험자가 면책되기 위해서는 계약 체결 당시(placement of the policy) 보험계약자에 의한 ‘사기’(예를 들어 실제로 알고 있었던 것을 고지하지 않은 것)에 대한 증거가 요구되었던 것으로 보인다.⁸⁷⁾

되었다면 적법하다.’

⁸²⁾ [원주 81] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 546, BL MS Harl 5103, fo 165r을 인용한다; ibid 547, BL MS Add 48023, fos 256v - 57r을 인용한 것은 실질적으로 이와 같다.

⁸³⁾ [원주 82] ibid 330 - 31은 ‘멸실되었거나 멸실되지 않은(lost or not lost)’ 조항을 논한다.

⁸⁴⁾ [원주 83] *Leweys Lobo v The Company of Fifteen Assurers of the City of London* (1561) TNA C 78/20, no 33, mm 29 - 30.

⁸⁵⁾ [원주 84] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 324 - 30, 특히 *Carre v Brochoo* (1559) TNA C 3/32/4.을 언급한 fn 211 참조.

⁸⁶⁾ [원주 85] 이는 아마도 ‘멸실되었거나 멸실되지 않은’ 조항이 더 많이 사용되었기 때문이라고 설명할 수 있다. Park (n 26) 28; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 332 - 33.

⁸⁷⁾ [원주 86] Eg Gerard Malynes, *Consuetudo, Vel Lex Mercatoria, or The Antient Law-Merchant* (2nd printing, London 1629) 149; Charles Molloy, *De Jure Maritimo et Navali* (London 1676) 241, 244; *Whittingham v Thornburgh* (1690) 2 Vern 206, 23 ER 734; sub nom *Whittingham v Thornborough* Fin Pr 20, 24 ER 11; 2 Eq Ab 635, 22 ER 533 (생명보험); 선박 ‘Happy’에 선 적된 화물에 대한 적하보험에 관한 Robert Hewer와 Silvanus Grove 사이의 교신 참조(1716 - 17) LMA COL/SJ/08/13 (관련절차의 요지는 LMA CLA/040/01/043 참조). cf Stephen Watterson,

보통법은 최대선의의무를 인정함에 있어 상인들의 이해(understandings)에 민감하였다. 예를 들어, 늦어도 18세기 초 무렵에는 Courts of chancery와 King's Bench 가 (후자는 ‘몇몇 중개인’에 의한 증거에 따라) 고지되어야 하는 상황의 ‘중대성(materiality)’이 상인보험자들의 관점에서 평가되어야 한다고 판단하였다.⁸⁸⁾ [p. 207] 그리고 18세기 후반에 Lord Mansfield CJ는 보험자에게 어떤 상황이 중대한 것인지는 사실의 문제로, 상인의 실무에 관한 증거를 살펴보는 것이 의미가 있다고 하였다.⁸⁹⁾ 이러한 문제에 대하여는 전문적인 보험자증인이 증거가 될 수 있었다.⁹⁰⁾

계약체결 전 의무로서 최대선의의무와 그 위반에 대한 구체수단으로서 해지⁹¹⁾는 모두 상인의 실무로부터 별다른 이론적 의심 없이 보통법에 수용되었다. 그리고 수용된 이상, 그 원칙은 상인들 자신들이 언제나 정당화하였던 두 가지 연관된 근거와 부합하는 방식으로 구체화되고, 제한되고 정의되었다: 사기 방지, 그리고 그 자신을 보험계약자의 위치로 만드는 보험자에 대한 공정을 확보하는 것.⁹²⁾

2.3 해상보험분쟁의 해결

위에서 보험계약 해석, 보험법의 실질적 규칙과 실무 형성에서의 사적 형성에 관하여 살펴보았다. 이와 밀접한 관련이 있는 문제는 보험시장의 참여자가 분쟁을 해결하는 장소이다. 보험사건에 대한 관할을 다투었던 영국 법원들의 역사는 이 분야에서 사적 형성의 진화에 관한 더 많은 시각을 제공해준다.⁹³⁾

‘Carter v Boehm (1766)’ in Paul Mitchell and Charles Mitchell (eds), *Landmark Cases in the Law of Contract* (Hart Publishing 2008) 80 fn 120: ‘간략한 케이스 리포트와 “사기”[그 케이스 리포트에 사용되었음]라는 용어의 모호함 때문에... 법원의 피보험자의 인식에 대하여 확신을 갖고 정확한 판단을 내리는 것이 어렵다.’

⁸⁸⁾ [원주 87] *De Costa v Scandret* (1723) 2 P Wms 170, 22 ER 686; *Seaman v Fonereau* (1743) 2 Str 1183, 93 ER 1115. See also Nicolas Magens, *An Essay on Insurances*, vol 1 (London 1755) para 13; Marine Insurance Act 1906 제18조 제2항과 제20조 제2항(Insurance Act 2015에서 삭제되었다); Insurance Act 2015 제7조 제3항.

⁸⁹⁾ [원주 88] *Hodgson v Richardson* (1764) 1 Black W 463, 465 (BR).

⁹⁰⁾ [원주 89] Jonathan Gilman and others, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average* (19th edn, Sweet & Maxwell 2018) paras 15.43 - 15.46.

⁹¹⁾ [원주 90] 이는 Insurance Act 2015로 폐지되었다.

⁹²⁾ [원주 91] *Eg Carter v Boehm* (1766) 1 Bl R 593, 593 - 94, 596; 96 ER 342, 343, 344; 3 Burr 1905, 1909 - 11, 1918 - 19; 97 ER 1162, 1164 - 65, 1169. Watterson (n 86) 79 - 86, 110 - 15도 참조.

⁹³⁾ [원주 92] 이 관할권 다툼에 관한 보다 상세한 논의는 우선 Holdsworth, ‘The Early History of the Contract of Insurance’ (n 9) 99 - 104, 106 - 07; Ibbetson (n 7) 292 - 99, 301 - 07; Rossi,

런던에서 보험분쟁해결에 관한 최초의 언급은 법원(City Courts)의 1420년대 기록에서 발견된다.⁹⁴⁾ 런던 법원, 시장 법원(Mayor's court)이나 집행관 법원(Sheriff's court)은 상인의 실무의 중요성에 매우 민감했고, 이는 아마도 사적 형성 시스템을 이루는 부분으로 보아야 할 것이다.⁹⁵⁾ 보험중재도 15세기에 언급되었고 늦어도 16세기 무렵에는 상인인 중재인에 의한 중재의 일종이 보험분쟁의 가장 '전통적'인 해결 방법으로 여겨졌다.⁹⁶⁾ 17세기 중반 무렵에는 [p. 208] 런던시장의 보험계약에서 전속적 중재조항을 넣는 것이 통상의 실무라고 주장되었다.⁹⁷⁾

런던보험시장에서 통상 중재에 의하여 분쟁을 해결하는 것이 어느 정도 사적 형성의 현상과 원인이었을 수 있다. 밀접하게 관련되어 있는 런던 상인의 공동체에서, 중재는 분쟁해결방법을 사적인 것으로 만들었음(privatisation) 뿐만 아니라, 규칙 형성과 집행까지 사적인 것으로 만들었다.⁹⁸⁾ 그러나 중재가 보험시장에서 유일한 분쟁해결방법이었던 적이 없었다. 보험분쟁의 당사자들은 때로 런던 밖에 소재한 권한 있는 당국으로부터 조력을 받으려 했다. 16세기 Lord Chancellor 또는 위원회(The Council)대한 청원의 결과, 분쟁을 해결할 권한이 있는 임시적 위원(ad hoc commissioner)이 임명되었다.⁹⁹⁾ 이는 관계당국이 전통적인, 사적형성시스템을 지원할 수 있는 정기적인(punctual) 기회가 되었다. 그러나 위원회는 보험분쟁을 시장(Lord Mayor), 런던의 시의원(alderman), 상인¹⁰⁰⁾보다는 해사법원의 판사와 같은 대륙법

Insurance in Elizabethan England (n 8) 61 - 88 참조.

⁹⁴⁾ [원주 93] *Ferrantyn v Mercatonovo* (1427) in AH Thomas (ed), *Calendar of Plea and Memoranda Rolls Preserved among the Archives of the Corporation of the City of London at the Guildhall*, AD 1413 - 1437 (CUP 1943) 208 - 10; Leonard, 'London Marine Insurance' (n 8) 50 - 51, 61; Leonard, 'London 1426 - 1601' (n 8) 153, 155; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 43 - 44에서 논함.

⁹⁵⁾ [원주 94] 예를 들어 Anon, *The City-Law, or, the Course and Practice in All Manner of Juridicall Proceedings in the Hustings in Guild-Hall*, London (London 1647) 2, 9, 50 - 51; Leonard, 'London Marine Insurance' (n 8) 56, 68.

⁹⁶⁾ [원주 95] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 64. 보험중재에 관한 가장 오래된 언급은 1465년의 것이다: *ibid* 45.

⁹⁷⁾ [원주 96] *Ibbetson* (n 7) 292 fn 11은 *Barne v Ridolphie* (ca 1565) TNA C 3/15/55 (Chancery petition)를 인용한다.

⁹⁸⁾ [원주 97] Stephen J Ware, 'Private Ordering and Commercial Arbitration: Lasting Lessons from Mentschikoff' [2019] J Disp Resol 1.

⁹⁹⁾ [원주 98] *Eg Lewey's Lobo* (n 83) m 29: 위원회는 '런던의... 존경받는 뛰어난 시의원 상인들과 영국인 뿐만 아니라 외국인'도 임명하였다; Jones, 'Elizabethan Marine Insurance' (n 9) 57; William J Jones, 'Due Process and Slow Process in the Elizabethan Chancery' (1962) 6 Am J Leg Hist 123, 146 - 47; *Ibbetson* (n 7) 293; Leonard, 'London 1426 - 1601' (n 8) 165.

¹⁰⁰⁾ [원주 100] *Eg: Dasent* (ed), *Acts of the Privy Council 1571 - 75* (n 99) 167, 195 - 96, 321,

(civil law) 박사¹⁰¹⁾에게 자주 회부하였다. 그러나 일반적으로 중앙당국이 보험분쟁에서 가장 바람직한 해결방법은 상인인 중재인에 의하여 해결되는 것임을 시장(Lord Mayor) 및 시의원과 합의하였던 것으로 보이고, 1577년에 시의회의 공식적인 지원으로, 시의원법원(Court of Aldermen)이 다수의 상인보험자를 보험위원회판부(standing panel of commissioners of assurances)로 임명하였다.¹⁰²⁾ 이 위원들은 [p. 209] 전속적 관할권을 가지는 것으로 의도되었다: 이 결과를 성취하기 위해, 1575년 칙령에 따라 보험계약을 체결하고 등록할 독점적인 권리를 부여받은 보험사무소의 담당자(registrar of the office of assurances)가, 모든 보험계약에 관한 분쟁을 위원들이 해결한다는 전속적 관할권조항을 삽입하여야 했다.¹⁰³⁾

상인-중재인 또는 상인-위원에 의한 분쟁해결의 장점으로 관련된 상인의 실무에 대한 깊은 이해를 들 수 있었다; 엄격하게 법에 따라 판단하기보다 적절한 경우 기

337, 348 - 49; Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1575 - 77* (n 99) 238. 공동해손에 관하여, John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1591 - 1592*, vol 22 (HMSO 1901) 186 참조. 일부 사건에서 해사법원 판사는 그가 선택하는 ‘객관적인 사람’에게 회부할 것을 지시받기도 하였다. eg Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1571 - 75* (n 99) 262; 그러나 16세기의 해사법원은 보험분쟁에 관한 관할권을 행사하였다. Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1575 - 77* (n 99) 63은 시의원과 런던 상인의, 상인 피보험자 관련쟁점에 대한 ‘해사절차 지원을 위한 편지’를 언급한다; cf King’s Bench와 1570년대 해사법원 사이의 관할권 분리에 관하여 Ibbetson (n 7) 297. 최소한 하나의 사건에서 보통법 법원 형평법 법원과 대륙법 법률가들이 함께 일하였다: Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1575 - 77* (n 99) 230.

¹⁰¹⁾ [원주 99] Eg: John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1571 - 1575*, vol 8 (HMSO 1894) 206; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1575 - 1577*, vol 9 (HMSO 1894) 90; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1581 - 1582*, vol 13 (HMSO 1896) 359-60; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1590 - 1591*, vol 20 (HMSO 1900) 202.

¹⁰²⁾ [원주 101] Ibbetson (n 7) 297; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1592 - 1593*, vol 24 (HMSO 1901) 313 - 14. Contemporaneous references to the commissioners, eg: John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1577 - 1578*, vol 10 (HMSO 1895) 232; *Acts of the Privy Council of England, 1578 - 1580*, vol 11 (HMSO 1895) 360; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1587 - 1588*, vol 15 (HMSO 1897) 264 - 65. 위원회의 주장으로, 일부 위원들은 외국 당사자 쟁점에 관한 의견을 듣기 위한 외국 상인들이었다: Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1592 - 93* (n 101) 313 - 14. 해사법원 판사가 위원이었을 수도 있다: John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1580 - 1581*, vol 12 (HMSO 1896) 25, 199 - 200; cf Ibbetson (n 7) 299. 어떤 경우에도 해사법원 판사와 위원들은 협력하여 업무를 수행하였다: Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1578 - 80* (n 101) 393; Dasent (ed), *Acts of the Privy Council 1580 - 81* (n 101) 69 - 70.

¹⁰³⁾ [원주 102] 위원과 보험사무의 담당자에 관하여는 Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 76 - 107 (이런 전속관할조항은 1591년 이전의 보험계약에서는 발견되지 않은 것이었다. Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 140, 144; Leonard, ‘London 1426 - 1601’ (n 8) 166 - 67. 그러나 1575년 이후에도 등록되지 않은 보험계약이 계속하여 체결되었다.

꺼이 ‘정의와 형평’에 따라 판단하는 것; 그리고 법원보다 신속하게 분쟁을 해결할 수 있는 능력.¹⁰⁴⁾ 1601년 상인보험법(Merchants’ Assurances Act 1601)의 전문(preamble)은 이런 기대를 보여주는데, 보험위원들을 ‘틀림없이 중요하고 신중한 상인’들로 지칭하고, 그들이 보험분쟁을 ‘그들의 경험에 비추어 가장 적합하고 가장 신속하게 결정할 수 있다’고 하였다.¹⁰⁵⁾

이러한 장점에도 불구하고 (또는 이를 피하기 위해), 16세기의 일부 당사자들은 보험분쟁을 다른 관정부에 회부하였다.¹⁰⁶⁾ 런던 시장법원(Mayor’s Court)이 최소한 런던시가 보험위원을 임명하기 시작한 1577년까지 이런 분쟁을 처리하였다.¹⁰⁷⁾ 해사법원의 해상보험소송은 이미 설명하였다.¹⁰⁸⁾ 중앙의 보통법 법원도 보험사건에 대한 관할권을 주장하였다. 상대적으로 이른 16세기에 보통법 법원은 보험계약문서에 기한 소를 제기하는 것을 허용하였는데, 이들은 인장이 날인(sealed)되지 않은 문서들이었고, action of assumpsit¹⁰⁹⁾ 유형의 소로, action of trespass on the case¹¹⁰⁾를 청구하였다.¹¹¹⁾ 보험계약에 관한 관할권은, 해외에서 체결되었거나 발생한 일들에 관한 것을 포함하여, 원고로 하여금 관련된 사실이 영국에서 발생하였다는 허구의, 반박하기 어려운 주장을 허가함으로써 인정되었다.¹¹²⁾ 16세기 후반에는 보통법 법원이 일부

¹⁰⁴⁾ [원주 103] Leonard, ‘London 1426 - 1601’ (n 8) 161.

¹⁰⁵⁾ [원주 104] 43 Eliz c 12.

¹⁰⁶⁾ [원주 105] 5 Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 139 - 41; Ibbetson (n 7) 297.

¹⁰⁷⁾ [원주 106] Eg LMA CLA/024/04/04/004, fo 257 (precedent declaration, probably temp Edw 6). Ibbetson (n 7) 293; Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 54; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 69 - 75.

¹⁰⁸⁾ [원주 107] n 15의 문헌들 참조.

¹⁰⁹⁾ [역주] 과거 보통법 법원에서 허용되던 소의 한 유형으로, 불법행위와 계약에 기한 소를 말한다. (<https://en.wikipedia.org/wiki/Assumpsit> 참조. 2021. 6. 1. 최종방문)

¹¹⁰⁾ [역주] 소의 한 유형으로 유형력에 기한 것이 아닌 손해에 대한 손해배상청구를 말한다. (<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Trespass+on+the+case> 2021. 6. 1. 최종방문)

¹¹¹⁾ [원주 108] *Mayne v De Gozi* (1538) TNA KB 27/1107, m 37, Sir John Baker, *The Oxford History of the Laws of England: Volume VI* 1483 - 1558 (OUP 2003) 215 fn 51에 인용되었다: ‘런던에서 Rouen까지 송부할 화물을 부보하기 위한 *assumpsit*’ (원문에 이탤릭체로 표시되었다) 피고는 Chancery 법원에 King’s Bench의 소송절차를 중지시켜달라는 금지명령을 신청하였다: Ibbetson (n 7) 293 fn 16; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 68 fn 73은 *Gozzye v Bartholomew* (ca 1538) TNA C 1/805/31를 인용한다. Sir John Baker, *An Introduction to English Legal History* (5th edn, OUP 2019) 364 - 65은 16세기 중반에, ‘이제 [다른 것들 중에 서도] ...보험계약에 관한 소를 재판할 수 있는 King’s Bench가 City of London에서 상업법원이 되어 가기 시작하였다’고 한다.

¹¹²⁾ [원주 109] Sir Robert Brooke, *La Graunde Abridgement* (London 1573) 7v, tit ‘Action sur le case’, no 107 (action ca 1542); Sir Robert Brooke, *Ascuns Novell Cases de Les Ans et Temps Le Roy, H 8 Ed 6 et La Roynne Mary, Escrie Ex La Graund Abridgement* (Richard Bellewe

사건에서 [p. 210] 보험분쟁을 재판하고 최종적으로 결정하는 해사법원의 관할권을 부정하는 데까지 나아갔다.¹¹³⁾ Malynes에 의하면, 16세기 마지막 몇 해에 ‘action of assumpsit에 의한 소가 많았는데, 그 소는 보험위원이 판단한 사항에 관한 것이었고, 그 위원들은 권위와 권력에 대한 갈구 때문에, 대립되는 당사자들로 하여금 그 의무를 이행하도록 강제하지 못하였다.’¹¹⁴⁾

1590년대에는 보험위원들의 실효성이 떨어지는 것을 볼 수 있었다: 이는 아마도 경합하는 다른 분쟁해결장소에서 분쟁을 해결할 수 있었거나, 런던 보험시장의 확장으로 인하여 사적 형성시스템을 지탱하던 사회적, 평판적 제한이 약해졌기 때문일 수 있다.¹¹⁵⁾ 의회가 1601. 3. 29. King’s Bench의 장과 해사법원 판사에게 보낸 편지에는 ‘물품에 관한 보험을 인수하는 상인들’ 명의의 청원이 동봉되어 있고, 다음과 같이 적혀 있다.

특정한 질서(orders)가 지난 몇년간 고안되어 확립되었고, 보험을 취급하는 Exchange의 상인인 우리들이 이를 승인하였는데[즉 London Book of orders¹¹⁶⁾], 이것이 실행되지 않았고, 사건을 재판하기 위해 임명된 위원들의 명령에 따르는 것을 거부하는 사람들에 의해 의도적으로 크게 방해받았고 버려졌다. 위원들은 숙련된 상인들로서 사건을 차별 없고 공정하게 처리하도록 시장(Lord Mayor) 앞에

ed, London 1578) 53r, no 232 (같은 사건임). *ibid*: 79r, no 366 (‘Nota’, Temp Hen 8); 98v, no 451 (‘Nota’, ca 1554). cf Dowdale’s Case (1605) 6 Co Rep 46b, 47b - 48a; 77 ER 323, 325는 보험계약에 기한 청구는 그 계약이 체결된 곳(또는 assumpsit가 행하여진 곳)에서 제기될 수 있다고 판단한 Queen’s Bench의 사건(ca 1588)을 논한다. 장소에 관한 허구적인 주장에 관하여는: Daniel R Coquillette, ‘Legal Ideology and Incorporation II: Sir Thomas Ridley, Charles Molloy, and the Literary Battle for the Law Merchant, 1607 - 1676’ (1981) 61 BUL Rev 315, 328 - 34; Van Niekerk, ‘Marine Insurance Claims’ (n 9) 46 - 48, discussing inter alia *Goram* (n 13).

¹¹³⁾ [원주 110] Eg *Anonymous* (1571) Cambridge UL MS Hh 2.9, fo 23r, Ibbetson (n 7); Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 68 - 69에서 논함. 이미 선고된 후인 경우에까지 해사법원 절차를 금지한 것에 관하여는: John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1598 - 1599*, vol 29 (HMSO 1905) 367 - 68; John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1599 - 1600*, vol 30 (HMSO 1905) 43 - 44; Thomson (n 22) 331 fn 158.

¹¹⁴⁾ [원주 111] Malynes (n 86) 147. Merchants’ Assurances Act 1601의 전문(preamble)은 ‘최근들어...많은 사람들이 과도한 비용과 지연으로 중재절차에서 빠져나와 법원에 보험금을 청구하는 소를 제기하여 왔다’고 한다.

¹¹⁵⁾ [원주 112] Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 81 - 86; Ibbetson (n 7) 303 - 05; Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 139 - 40, 142; Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 76 - 79, 100 - 02.

¹¹⁶⁾ [원주 113] n 59와 그 문헌 참조.

서 선서하고 선택된 사람들이다. 그런 상인들의 격려가 그들의 거래를 실행하는데 아무런 의미가 없어지게 된 결과 정직한 상인들이 곤란에 처하게 되었다.¹¹⁷⁾

위원회는 이런 문제들이 영국의 무역에 해로운 영향이 있다고 판단하였고, 보험분쟁을 위한 ‘건전하고 확립된 질서’가 있어야 한다고 하면서, ‘이런 차이는 상인 사이를 갈라서게 할 수 있는데, 이 문제는 모든 사람이 다 갖고 있는 기술이 아닌, 가장 잘 알고 가장 경험이 많은 그들 사이에서 다뤄지고 결정되어야’ 한다고 하였다.¹¹⁸⁾ 따라서 의회는 2명의 판사에게 다음과 같이 하도록 지시하였다.

[p. 211]

법관이 생각하기에 사건에 대한 판단력과 지식을 갖고 있는 상인을 법관 앞에 부름으로써 법관에게 보험과 관련된 문제에 관하여 이전에 어떤 과정을 거쳤는지 알리도록 하고, 자신의 상품을 부보하는 상인들의 편리, 안전성과 이익을 위해 건전한 질서(good order)를 조언하도록 하고, 그 이익이 여왕 폐하 앞에 확립되도록 하고 그들 사이에서 준수되도록 하며, 그 문제의 해결을 위해 이후에 이 보험문제와 관련하여 생기는 모든 문제를 이에 따라 해결하도록 하고, 상인들이 그 거래를 잘 따르고 서로를 소송으로서 괴롭히지 않음으로써 교통과 여왕폐하의 조세당국(her Majesty's customs)을 해하지 않도록 하라.¹¹⁹⁾

그 명백한 결과로서 1601년 상인보험법이 제정되었는데,¹²⁰⁾ 이는 사적으로 형성된 분쟁해결시스템에, 그 속도와 전문성을 유지한 채, 국가권력을 빌려주는 것을 목적으로 하고 있었다.¹²¹⁾ 1601년법은 보험위원들을 보험법원으로 재구성하였고(court of

¹¹⁷⁾ [원주 114] John Roche Dasent (ed), *Acts of the Privy Council of England, 1600 - 1601*, vol 31 (HMSO 1906) 252 - 53.

¹¹⁸⁾ [원주 115] *ibid* 253.

¹¹⁹⁾ [원주 116] *ibid*.

¹²⁰⁾ [원주 117] 43 Eliz c 12. See: Ibbetson (n 7) 305 - 07; Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 102 - 12; Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 85 - 88; Thomson (n 22) 328 - 32.

¹²¹⁾ [원주 118] Heywood Townshend, *Historical Collections: Or, an Exact Account of the Proceedings of the Four Last Parliaments of Q Elizabeth of Famous Memory* (London 1680) 289, 7 December 1601은 Francis Bacon MP의 새로운 보험법안에 관한 하원의 보고서를 기록하고 있다. 그는 ‘위원’들이 분쟁을 해결하여야 하는 이유를 이렇게 설명하였다: ‘첫째, Chancery 법원의 절차는 너무 오래 걸리고, 상인들이 절차 지연을 참을 수 없기 때문이고’, ‘둘째, 법원은 그들의 계약조항에 관한 지식이 없으므로, 상인들의 경험에서 나오는 사안에 관하여 어떻게 판단하여야 하는지 알 수 없다’

Insurances 또는 court of Policies 또는 그와 유사한 이름으로 지칭되기도 하였다.¹²²⁾ 법원이 확장되었는데, 8명의 보험위원과 비대한 구성의 법률가들, 즉 해사판사, 런던의 판사(recorder), 대륙법(civil law) 박사 2명과 보통법 박사 2명이었다. 그 절차는 공식적인 변론이나 절차 없이 ‘간이하고 간략할 것’이 요구되었다.¹²³⁾ 보험법원은 절차와 명령을 집행하기 위해, 당사자를 소환하고, 선서한 증인을 신문하고, 고의적으로 그와 같은 명령이나 칙령을 위반한 당사자들 감옥에 보낼 법령상의 권한을 부여받았다.¹²⁴⁾

보험법원은 Interregnum¹²⁵⁾을 포함하여 17세기 대부분동안 Royal Exchange에서 기능하였는데, Leonard의 표현에 의하면 ‘기념비적인 기관’이었고,¹²⁶⁾ ‘보험계약과 관련된 것이 아니더라도 상인간 분쟁을 해결하기 위한 상설재판부’가 되었다.¹²⁷⁾ 따라서 1601년법은 런던 보험시장의 사적 형성을 지원하는 데 상대적으로 성공적이었다고 할 수 있다. 그러나 법원의 관할권이 전속적이지 않았고, 보험위원들이 그랬던 것과 마찬가지로 다른 법원의 이의로 인하여 그 실효성이 훼손되었다.¹²⁸⁾ 특히 King’s Bench와 그 상급심에서의 일련의 판결들은 보험법원의 관할권이 단지 물품의 보험에만 인정된다고 판시하였다(그래서 예를 들면 [p. 212] 항해 중인 상인의 생명보험에는 적용되지 않는다);¹²⁹⁾ 보험법원에서 보험계약상 청구를 재판하고 기각하였더라도 보통법에 따른 동일한 후속청구가 금지되지 않았다.¹³⁰⁾ 법원의 관할권은 보험계

¹²²⁾ [원주 119] 이 법원에 관한 당시의 기록으로, eg: 4 Co Inst 250 (1644); Samuel Lambe, *Seasonable Observations Humbly Offered to His Highness the Lord Protector* ([London] 1657) 13; ‘A Coppie of the Report made by the Councell for Trade to his Majestie concerning the bussines of Ensurance’ (ca 1662) Bodl MS Rawl A478, no 81, fos 1v-3r; John Brydall, *Camera Regis, or, a Short View of London* (London 1676) 89; *Johnson v Desmineere* (1683) 1 Vern 223, 23 ER 429.

¹²³⁾ [원주 120] Merchants' Assurances Act 1601, s 1.

124) [원주 121] ibid s 2.

125) Charles 1세가 처형당한 1649년부터 Charles 2세가 즉위한 1660년까지의 기간을 말함.

(https://www.google.co.uk/search?q=Interregnum&source=hp&ei=TTy2YICIMdC2mAXHroSYAg&iflsig=AINFCbYAAAAAYLZXKtDXPcLzGvRbFyqfIFrVMF1_yXN&oq=Interregnum&gs_lcp=Cgdn5Mtd2l6EAMyBwgAEEYQ-QEyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADICCA6CagAEoOceI8BUNoRWNoRYNQYaAFwAHgAgAgcAYgBnAGSAQMwLjGYAQCgAQKgAQGqAQdn3Mtd2l6sAEI&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEwjA_6iNy_bwAhVQG6YKHUCxASMQ4dUDCAo&uact=5&spf=1622555729956) 2021. 6. 1. 최종방문.)

126) [원주 122] Leonard, 'London Marine Insurance' (n 8) 107.

127) [원주 123] *ibid* 105 - 06.

128) [원주 124] ibid 107.

¹²⁹⁾ [원주 125] *Denoyr v Oyle* (1649) Style 166, 172; 82 ER 616, 621 (보험법원에 대한 금지명령); cf *Oyles v Marshall* (1654) Style 418, 82 ER 826.

약자의 보험자를 상대로 한 청구로 제한되었고, 보험자의 보험계약자에 대한 청구로 확장되지 않았다.¹³¹⁾

관계당국은 보험법원을 둘러싼 어려움을 잘 알고 있었다. 1660년대에 무역위원회(Board of Trade)는 ‘관찰된 몇몇 결점과 그로 인한 해악과 불편함’을 제거하기 위해 1601년법의 개정을 권고했다.¹³²⁾ 7개의 결점이 있었다. 첫째, 보험법원은 보험분쟁에 관하여 다른 법원들을 배제하는 전속적 관할권을 갖지 않았다. 그런데 보험분쟁은 ‘대부분 상인의 관습과 관행 기타 해상법에 따라 결정되는데 다른 법원들은 그러한 관습과 관행을 거의 알지 못하였다.’¹³³⁾ 둘째, 보험법원은 해외나 멀리 있는 증인들을 소환하여 신문할 권한이 없었다. 셋째, 법원은 당사자, 증인 기타 사람들을 법정 모욕으로 처벌할 충분한 권한이 없어서 ‘많은 경우 법원이 절차를 더 진행하기 어려웠다.’¹³⁴⁾ 따라서 이러한 세 가지 결점들 때문에 ‘나쁜 마음을 갖고 있는 사람들이 상대방을 괴롭히기 위해 다른 법원에 소를 제기’한 결과, ‘지루하고 비싼 소송’으로 이어졌고, 상인들은 때로 ‘이에 대응하느라 자신의 본업을 못하게 되느니 비합리적인 청구에 응하는’ 것을 선택하였다.¹³⁵⁾ 넷째, 법원의 최종적인 명령과 결정(decrees)이 당사자의 재산에 집행될 수 없고 대인적으로만 집행될 수 있어서, 패소한 보험자들은, 법원의 결정의 효력을 일반적으로 좌절시키기 위해, 또는 상대방으로 하여금 더 적은 액수로 화해하도록 하기 위해 ‘많은 경우 일부러 감옥에 갔다’; 또는 법원의 결정이 완전히 집행되기 전에 사망하여서, ‘보험계약자가 그 채권과 이에 대한 이자, 담보를 모두 잃게 되기도 하였다.’¹³⁶⁾ 다섯째, 법원은 소송비용부담의 재판을 할 권한이 없어서, 잠재적으로 소를 제기하려는 원고를 좌절시켰다. 여섯째, 위원들이 매년 임명된 결과 어려운 사건에서 관습과 관행이 무엇인지에 관하여 법원 서기(Register)와 사무관(Clarkes)에게 크게 의존하게 되었고, 적지 않은 경우 관련된 당사자에게 편파적이었다.¹³⁷⁾ 마지막으로 위원들에 대한 보상이 크지 않았기 때문에 위

¹³⁰⁾ [원주 126] *Came v Moye* (1658) 2 Sid 121, 82 ER 1290, Sir John Glynne CJ는 보험법원이 ‘인적(in personem)’ 관할권을 가지나 ‘물적(in rem)’ 관할권을 갖지 않는다고 판단하였다.

¹³¹⁾ [원주 127] *Delbye v Proudfoot* (1693) 1 Show KB 396, 89 ER 662 (보험법원에 대한 금지명령). 보험법원의 쇠퇴에 관하여 Park (n 26) xxxvii - xl도 참조.

¹³²⁾ [원주 128] ‘Report made by the Councell for Trade’ (n 119) fo 1v.

¹³³⁾ [원주 129] *ibid.*

¹³⁴⁾ [원주 130] *ibid.*

¹³⁵⁾ [원주 131] *ibid.*

¹³⁶⁾ [원주 132] *ibid.*

¹³⁷⁾ [원주 133] *ibid* fo 2r. 이는 (n 86) 155의 비판적인 평가를 상기시킨다. 이 글에서는 ‘위원은... 보험에 관한 사항을 ’가장 잘 판단하거나(최소한 가장 잘 판단할 수 있는) 사람이어야 한다’(강

원들이 재판을 하지 않으려 하거나, 일방당사자로부터 돈을 받은 경우에만 재판하려 하는 문제가 있었다(그에 따라 돈을 지급한 당사자에게 유리한 판단을 하려는 의무감을 느꼈다).¹³⁸⁾

[p. 213]

의회는 이러한 우려 중 일부에 응답했다. 보험법원은 말을 안 듣는 증인과 당사자를 구금하고 비용을 부담하게 하고, 해외에 있거나 멀리 있는 증인에 대한 신문을 허가하고, 최종판단을 패소당사자의 재산, 집행자(executors)와 관리인(administrators)에 집행하고, 소송비용부담을 명할 권한을 부여받았다.¹³⁹⁾ 이에 따라 법원은 분명 17세기에 들어설 때까지 업무를 계속할 수 있었다.¹⁴⁰⁾ 그러나 18세기 초 무렵에는 보험법원이 더 이상 없었고, ‘보험 문제’는 보통 *웨스트민스터*에 있는 법원, 구체적으로는 King’s Bench와 Common Pleas 법원¹⁴¹⁾에서 처리하였다.

보험법원의 실패가 런던 보험시장이 사적 형성으로부터 어느 정도의 탈피를 보여주는 말하기 어렵다. 18세기 실무에서도 동의에 의한 중재가 특징적이었고¹⁴²⁾ 보험

조는 저자가 추가한 것이다)고 한다.

¹³⁸⁾ [원주 134] ‘Report made by the Councell for Trade’ (n 119) fo 2r. 보고서에서 응답되는 청원에 대하여는 Bogatyreva (n 9) 183 - 85. ‘Colonel Dimo[c]k’ and associates (ca 1673)의 유사한 청원은 ‘상인들은 현재... 몇개월, 몇년의 지연을 겪고 보험자로부터 보험금을 지급받기까지 불필요한 소송을 하여야 하고, 이것이 거래에서 골칫거리이다’: TNA SP 29/338, fos 167r, 167v. *Suster v Cowell* (1668) 2 Keb 430, 84 ER 269, Twisden J는 보험법원에 제소하면 ‘더 지연된다’고 평가하였다; Samuel Marshall, *A Treatise on the Law of Insurance* (Boston 1805) 27

¹³⁹⁾ [원주 135] Policies of Assurance Act 1662 (13 & 14 Car 2 c 23).

¹⁴⁰⁾ [원주 136] Eg Delbye (n 127); Charles Molloy, *De Jure Maritimo et Navali* (4th edn, enlarged, London 1690) 260 - 64; Charles Molloy, *De Jure Maritimo et Navali* (6th edn, London 1707) 291 - 95 (뒤쪽의 면수는 잘못된 것이다); Charles Molloy, *De Jure Maritimo et Navali* (7th edn, London 1722) 292 - 96.

¹⁴¹⁾ [원주 137] Justice (n 13) iii, 628, 663 (원문에 이탤릭체로 표기되었다); Charles Molloy, *De Jure Maritimo et Navali* (8th edn, London 1744) 288.

[역주] 런던 웨스트민스터에 소재하였던 보통법 법원 중 하나로, 국왕이 관련되지 않은 민사사건을 처리하였다. 12세기 후반에 창설되어 600여년간 기능하였는데, King’s Bench와 함께 중심적인 보통법 법원의 역할을 하였다. 이 법원은 존속하는 동안 웨스트민스터 홀에서 업무를 처리하였고, 부동산에 관한 전속적 관할권을 가졌는데, 그 광범위한 관할권 때문에 ‘보통법의 열쇠이자 자물쇠’라고도 불렸다. 그러나 점차 King’s Bench와 관할권이 중첩되어 독립된 법원으로서의 필요성이 감소됨에 따라, 1873년 King’s Bench와 함께 High Court로 병합되었고, 1880년 High Court의 Division of common pleas가 없어짐으로써 완전히 소멸하였다. 현재 High Court는 런던의 City of Westminster에 소재한 Royal Courts of Justice 청사에 있다.

([https://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Common_Pleas_\(England\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Common_Pleas_(England)) 참조. 2021. 6. 10. 최종방문)

¹⁴²⁾ [원주 138] Eg correspondence between Hewer and Grove(n 86)가 Hewer의 보험자와 사이에 중재를 진행하기 위하여 주고받은 편지들(1716년 9월 11일, 20일, 1716년 10월 11, 25일, 1716년 12월 27일, 1717년 1월 3일자) 참조. *The Special Report, from the Committee Appointed to Inquire into, and Examine the Several Subscriptions for Fisheries, Insurances, Annuities for*

분쟁이 런던법원에서 처리되었다.¹⁴³⁾ 그런데 웨스트민스터 법원이 점차 보험분쟁 해결에 조금 더 중심적인 역할을 자처한 것으로 보인다. 앞서 본 것처럼, 17세기와 18세기에 위 법원들은 상인들의 실무와 기대에 부응하기 위하여 어떻게, 그리고 어느 정도로 보통법과 형평법을 분류하고 만드는지를 연구하였다. 상사사건에 관하여 변호사들을 교육시키는 것은 분명 쉬운 일이 아니었다.¹⁴⁴⁾ 그러나 그 기간 동안 법원은 상인들과 상의하였고 그들을 전문가증인과 배심원으로 채용하여 그 방면으로 노력을 하였다.¹⁴⁵⁾ [p. 214] 그리고 법상 보험계약자가 그 보험을 인수한 각 보험자를 상대로 각각 소를 제기하였어야 했지만, 늦어도 18세기 초의 해상보험소송의 실무는 보험계약의 모든 보험자가 그 중 1인의 보험자를 상대로 한 소의 결과에 구속됨을 동의하여야 한다는 것이었다.¹⁴⁶⁾ 상대적으로 덜 매력적인 보통법상 절차에 대한 이 사적으로 형성된 임시방편은 런던의 상인-보험자들에게 웨스트민스터 법원이 얼마나 중요해졌는지를 보여준다.

2.4 사적 형성의 쇠퇴

18세기 중반 이후 영국의 해상보험법과 실무를 조사하면, 사적 형성의 상당한 쇠

Lives, and All Other Projects Carried on by Subscription, in and about the Cities of London and Westminster, and to Inquire into All Undertakings for Purchasing Joint-Stocks, or Obsolete Charters (HC 1720) 43 - 45도 참조. 이는 상인들의 청원과 그 첨부증거인 John Barnard(상인, 보험자이자 피보험자)와 John Bourne(보험중개인)의 증거를 요약하는데, ‘멸실 또는 해손’에 관한 분쟁을 ‘상인들이 일반적으로 중재로 해결하기를 매우 원한다’는 내용이다.

¹⁴³⁾ [원주 139] *Burtwell v Short* (ca June 1704) LMA CLA/024/10/051, brief to James Gibson, attorney of the Mayor's Court, in a marine insurance matter.

¹⁴⁴⁾ [원주 140] 예를 들어, 1660년대의 보험사기 시도와 관련한 Pepys의 기술 참조. 사안에서 ‘버터가 아니라 수지 겔면에 버터를 바른 것이어서 선박과 버터의 가액이 500I를 넘지 않는데도, 피보험자가 [보험가액을] 2,400I로 하여 보험계약을 체결하였다.’ Pepys는 King's Bench 법원의 재판에 참석하한 후 이렇게 기록하였다. ‘선원들의 온갖 종류의 제정신이 아닌 증언을 듣는 것, 판사가 그들의 계약조항을 이해하지 못하는 것, 판사가 그들의 계약조항을 이해하지 못하고, 판사와 변호사가 계약조항에 대하여 얼마나 명칭하게 말함으로써 사람들을 웃기는지 보는 것이 재미있었다’(Diary of Samuel Pepys, 1 December 1663) <www.pepysdiary.com/diary/1663/12/01/> accessed 7 June 2020.

¹⁴⁵⁾ [원주 141] Baker, *An Introduction* (n 108) 373은 Sir Matthew Hale CB/CJ (1660s - 1670s), Sir John Holt CJ (1690s) and Lord Mansfield CJ (1750s - 1780s)의 상인들에게 문의하려는 노력을 언급한다.

¹⁴⁶⁾ [원주 142] Hewer와 Grove (n 86) 사이의 편지들(1716년 12월 27일, 1717년 1월 17, 24일, 1717년 2월 7일, 1717년 3월 7일자) 참조. 이는 보험자들로 하여금 그 중 1인에 대한 재판 결과에 따르는 것으로 날인하게 하려는 노력을 보여준다. The Special Report (n 138) 43, 45도 참조. Park (n 26) xli - xlii은 Lord Mansfield CJ의 ‘병합 원칙(Consolidation Rule)’을 논한다.

퇴를 알 수 있다. 예를 들어 보험계약의 해석에 있어, 18세기에도 여전히 상인들로 구성된 특별배심원이 있었는데,¹⁴⁷⁾ 1750년에 Lord Hardwicke C는 다음과 같이 말하였다

이러한 종류의 모든 계약은 상관습에 달려있다...보험계약에 관한 상사계약...과 관련하여, 법원은 관계된 상인들의 관습과 이해가 무엇인지에 관하여 증인을 신문한다. 왜냐하면 그들에게 특유한 형식이 있는데, 계약서가 짧지만 그들 사이에서는 이해할 수 있고 해석의 규칙이 있기 때문이다.¹⁴⁸⁾

그러나 우리가 본 것과 같이 이 무렵에 보통법 법원은 해석의 규칙에 관하여 그 자체의 선례가 있다면 상인들의 규칙보다 그것을 살펴보는 것을 선호하였다. 1754년에 William Murray는 귀족원에서 변호사로서 사법적 선례의 중요성에 관하여 다음과 같이 주장하였다:

상인들 사이에 이 계약[보험계약]의 매우 부정확한 형식이 작성, 사용되었다. 이는 외국인들이 영국에 가져온 것이고, Lombard-street에 자리잡았다. 그 조항들은 완벽하지 않게 작성되었지만 상인들간 관행에 의하여 의미를 부여받았고, 이 형식이 오늘날까지 이어져 모든 보험계약이 Lombard-street에서 만들어진 조항을 원용한다. 따라서 일반적인 원칙에 반하여, 이 계약을 설명하기 위한 서면 형식의 구두증거가 허용된다; 그리고 합의가 의도한 바나 상인들의 관행에 따라 문언이 제한적으로 또는 자유롭게 해석되는데, 무엇보다 사법적 판단이 상인법에 관한 가장 강력한 증거이다.¹⁴⁹⁾

King's Bench의 장으로서(1755-88) Lord Mansfield CJ는 보험문제를 포함한 상사법의 문제에 관하여 자주 런던의 상인들과 협력하였다.¹⁵⁰⁾ 그러나 그는 동등한 정도로, 재판 후 신청이 많은 명확한 법적 원칙을 확립하는 사법적 선례의 중심이 되도

¹⁴⁷⁾ [원주 143] *Sparrow v Caruthers* (1745) 2 Str 1236, 93 ER 1153: Sir William Lee CJ와 상인배심원은 ‘런던으로, 그리고 적하가 런던에 안전하게 양륙할 때까지’의 의미가 무엇인지 판단하였다.

¹⁴⁸⁾ [원주 144] *Baker v Paine* (1750) 1 Ves Sen 456, 459; 27 ER 1140, 1141-42.

¹⁴⁹⁾ [원주 145] *Fitz-Gerald v Pole* (1754) Bro Parl Cas 439, 444; 2 ER 297, 301 (강조는 저자가 추가한 것이다).

¹⁵⁰⁾ [원주 146] James Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield* (UNC Press 2004) 104, 125.

록 하였고, 보험법의 입법을 가속화하는 데 기여하였다.¹⁵¹⁾ [p. 215]

19세기에 특별배심원이 사라졌다.¹⁵²⁾ Chalmers와 Owens의 해상보험법에 관한 주석서 서문을 보면 20세기에 들어서 사법적 선례의 상인의 실무에 대한 우위가 분명 해졌음을 알 수 있다:

해상보험법은 거의 전부 보통법에 의존한다. 몇 개의 일부 쟁점만 법령으로 규율된다. 공간된 선례가 많고, 그 개수는 2,000개가 넘는다. 특정 쟁점에 대하여는 판례가 많다. 동등하게 중요한 것임이 분명한 다른 쟁점에 대하여는 선례가 별로 없는데, 이는 늘 만족스러운 것은 아니다. 몇몇 중요한 문제에 대하여는 아직도 판례가 없고, 그 때 규칙은 승인된 상관습에 따른다...이 주석서의 목적은 두 가지이다. 첫째, 해상보험법의 주된 원칙을 설명하는 것...그리고 둘째, 가능한 한, 리딩 케이스를 참조하거나 탁월한 상사법관이 그 원칙을 설명하는 판례로써 그 진술을 뒷받침하는 것이다.¹⁵³⁾

1906년 해상보험법(Marine Insurance Act 1906)이 제정됨으로써 이 변화가 더 강화되었다: 이 법이 신법으로 취급되어 위 법의 문언이 명확한 경우에 보통법 선례들을 변경하기까지 하였다.¹⁵⁴⁾

같은 기간 동안 보험분쟁의 해결에 있어서 사적 형성의 후퇴가 명백히 나타난다. 18세기부터 웨스트민스터 법원이 중요해졌다. 현대 런던 보험시장에서 분쟁을 중재로 해결하는 것이 여전히 특징적이지만, 현재 중재인은 ‘산업 종사자’일 뿐만 아니라 법률가여서 중재가 점점 더 법원 소송을 닮아가는 경향이 있다.¹⁵⁵⁾ 1950년부터, 당사자의 동의가 없더라도 중재판정에 대하여 영국 법원에 법률문제에 의한 항소가 허용되었다.¹⁵⁶⁾ 그리고 현재 런던시장의 보험계약서 양식은 일반적으로 ‘영국의 법과 실무’가 적용된다고 규정하고 있는데, 이는 ‘상인의 실무가 확실한 서면 또는 Lombard Street, Royal Exchange 또는 런던의 다른 곳에서 체결된 보험계약과 동등한 효력을 갖고 있다’라고 규정함으로써 런던의 상인의 실무와의 연결을 강조하였던 과거 양식과 다른 것이다.¹⁵⁷⁾

¹⁵¹⁾ [원주 147] Oldham (n 146) 129 - 30; Baker, *An Introduction* (n 108) 373.

¹⁵²⁾ [원주 148] Oldham (n 146) 105.

¹⁵³⁾ [원주 149] Chalmers and Owen (n 54) vi.

¹⁵⁴⁾ [원주 150] Marine Insurance Act 1906 제91조 제2항; Hall v Hayman [1912] 2 KB 5, 12 (Bray J).

¹⁵⁵⁾ [원주 151] *Arbitration Law*, para 1.3 (issue 84, March 2020).

¹⁵⁶⁾ [원주 152] *ibid* paras 21.1 - 21.6.

Sir John Baker가 언급하였던 것처럼, 상인 문제를 입법화한 것은 상인공동체의 확실성에 대한 요구를 충족하였으나, ‘확실성에 대한 대가를 치러야 했다’: ‘새로운 상사법의 실체는, 특정한 시대의 상인의 이해가 법적 원칙으로 입법되면 더 이상 변경될 수 없다는 것이다’.¹⁵⁸⁾ 상인보험자는 계약을 수정함으로써 여전히 대부분의 영국 보험법규칙으로부터 벗어날 수 있었다. 런던 보험자들이 보험계약서에 부록을 더하기는 하였으나, 20세기 후반까지 그 기본양식에 별다른 변경을 가하지 않았다.¹⁵⁹⁾ [p. 216] 그리고 실무에서 해상보험계약의 기본원칙을 1906년법으로 제정함에 따라 아마도 그 원칙들을 변경하기가 어려웠을 것이다.¹⁶⁰⁾ 따라서 거의 2세기 동안 런던의 보험계약법의 기본규칙들은 상인의 실무의 규칙이라기보다 법적인 규칙이었다.¹⁶¹⁾ 결과적으로 사적 형성 보다는 공적 형성에 따르는 것이다.

3. 입법에 의한 개입과 외국의 영향

지금까지 이 장에서는 한편으로 런던의 상인보험자와 그 실무의 관계의 역사와, 다른 한편으로 영국 법률가, 법원과 그 법을 주로 살펴보았다. 아직 이 책의 핵심 주제와 관련이 있는 다른 두 문제는 상대적으로 덜 논하였다: 입법에 의한 개입과 외국의 실무와 아이디어의 영향. 이하에서 이 두 가지에 관하여 상론한다.

3.1 입법에 의한 개입¹⁶²⁾

¹⁵⁷⁾ [원주 153] Marine Insurance Act 1906 Act, sch 1 (Lloyd’s SG policy form). ‘as much force and effect’라는 문언의 의미와 관련하여, 이는 보험계약에 어떤 지역의 상인의 실무와 규칙(어떤 도시의 상인법)이 적용되는지를 명시하는 것이라고 주장되었다. Leonard, ‘London 1426 - 1601’ (n 8) 154 - 60; Holdsworth, ‘The Early History of the Contract of Insurance’ (n 9) 98.

¹⁵⁸⁾ [원주 154] 4 Baker, *An Introduction* (n 108) 373.

¹⁵⁹⁾ [원주 155] 5 N Geoffrey Hudson, Tim Madge and Keith Sturges, *Marine Insurance Clauses* (5th edn, Informa Law from Routledge 2012) 1 - 2; FD Rose, ‘Restating Insurance Contract Law: Centennial Reflections on Landmark Reform’ [2006] LMCLQ 458, 460 - 61, 464, 478 - 79.

¹⁶⁰⁾ [원주 156] Rose (n 155) 471 - 72, 477 - 78: ‘당사자가 그들 자신의 계약조항을 만드는 것을 일반적으로 허용하는 법령이 있다는 것은 좋은 일이다. 그러나 이는 그것이 성공적으로 행사되었는지, 그리고 시장이 질서를 유지할 수 있는지를 판단하는 법원의 권한에 의하여 제한된다’. Lord Mance, ‘The 1906 Act, Common Law and Contract Clauses - All in Harmony?’ [2011] LMCLQ 346, 347는 1906년법이 ‘보험법의 일부 영역을 화석화하기는 하였지만, 보험법을 결정화(結晶化)하였다’고 평가한다.

¹⁶¹⁾ [원주 157] Mance (n 156) 358는 현재 런던 보험과 법률시장은 ‘숙련된 법적 조언과 이해...그리고 계약서 작성의 장소’라고 한다.

¹⁶²⁾ [원주 158] 이 법 이전의 법령에 관하여는 Rose (n 155) 459 - 61; Leonard, ‘London Marine

어떤 시장에 입법으로 개입하는 것은 보통 사적 형성으로부터의 탈피라는 패러다임을 보여준다. 그러나 런던 해상보험시장에 대한 16세기 후반 위원회의 개입, 1601년과 1662년 의회의 초기 개입은 온건하였고, 당시 존재하는 상인의 실무에 민감하였고 이를 지원하였으며, 이에 실질적인 변경을 가하지 않았다.¹⁶³⁾ 16세기의 위원회는 직접적으로 보험계약에 관한 법을 제정하기보다, 시장과 런던 시의원들에게 압력을 행사하여 런던의 보험관습을 집적하고 기술하도록 하였다. 그 결과로 Book of Orders가 아마 위원회에 의하여 승인되었을 것이고,¹⁶⁴⁾ 16세기가 시작될 무렵까지 소송절차에서 참조되었다.¹⁶⁵⁾

17세기 후반 이후, 입법은 좀 더 자주, 그러나 여전히 규칙적으로 상사보험 영역에 개입하였다. 그 조치들 중 일부는 보험시장을 직접적으로 대상으로 하였지만 보험계약당사자에게 영향을 미치지 않았다. 예를 들어, 일부 법령은 보험계약자가 고의적으로 선박이나 적하에 관하여 초과보험계약을 체결한 후 고의로 ‘조난되게 하거나,’ 불태우거나 기타 다른 방법으로 멸실시키는 단순한 사기적 범죄를 억제하기 위해 중범죄를 규정하였다.¹⁶⁶⁾ [p. 217] 이와 유사하게, 금지되거나 조세가 회피된 (un-dutied) 물건들,¹⁶⁷⁾ 영국의 적 또는 그들의 무역을 위한 보험,¹⁶⁸⁾ 무역의 경쟁자를 위한 보험¹⁶⁹⁾의 금지가 해상보험계약의 형식과 조항, 해석 또는 효과에 일반적으로 영향을 미치지 않았다. 보험계약의 양도, 도산에 관한 법과 같이 보험자들이 보험계약상 의무로부터 부적절한 방법으로 벗어나게 하는 것으로 인식되었던 법을 개정하기 위한 법령도 마찬가지였다.¹⁷⁰⁾

Insurance’ (n 155) 459 - 61; Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 171 - 84, 204.

¹⁶³⁾ [원주 159] See section 2.3 (Resolving Marine-Insurance Disputes).

¹⁶⁴⁾ [원주 160] n 59과 n 114에 기재된 문헌들 참조.

¹⁶⁵⁾ [원주 161] Ibbetson (n 7) 304 - 05; Van Niekerk, ‘Marine Insurance in Antwerp and London’ (n 9) 158 fn 57.

¹⁶⁶⁾ [원주 162] Merchant Ships Act 1664 (16 Car 2 c 6), s 11; Piracy Act 1670 (22 & 23 Car 2 c 11), s 12; Witnesses on Trial for Treason, etc Act 1702 (2 Ann stat 2 c 9), s 4; Stranded Ships Act 1717 (4 Geo 1 c 12), s 3; Continuance of Acts, etc, Act 1724 (11 Geo 1 c 29), ss 6-7.

¹⁶⁷⁾ [원주 163] Taxation Act 1692 (4 & 5 W & M c 15); Lustrings Act 1696 (8 & 9 W 3 c 36); Wool Act 1738 (12 Geo 2 c 21), ss 29 - 33.

¹⁶⁸⁾ [원주 164] Assurance on French Ships Act 1747 (21 Geo 2 c 4), 이에 관하여는 *The Debates and Proceedings of the British House of Commons, from 1746, to 1749* (J Almon and S Bladon 1770) 117 - 45; Enemies Act 1793 (33 Geo 3 c 27). Trading with the Enemy Act 1939 s.1 참조.

¹⁶⁹⁾ [원주 165] Insurances on Foreign Ships Act 1751 (25 Geo 2 c 26).

¹⁷⁰⁾ [원주 166] Eg, Bankrupts Act 1745 (19 Geo 2 c 32)는 *Ex p Caswell* (1728) 2 P Wms 497, 24 ER 833에서 제기된 문제를 다룬다; Policies of Marine Assurance Act 1868; Third Parties

공적 또는 국가적 이익에 기한 다른 형태의 입법적 개입은 사회적, 경제적, 지정학적 목적을 달성하기 위한 것이었고, 사적으로 형성된 실무에 더 직접적으로 영향을 미쳤다. 이런 입법의 대상 중 하나는 도박성 보험계약(wagering policies)였다. 예를 들어 런던 시장은 1692년 포위 등 프랑스와 전쟁의 결과에 대한 도박성 보험계약은 영국과 그 동맹국과 ‘이 도시의 선한 정부’에 ‘매우 해가 된다’고 선언하였다.¹⁷¹⁾ 이에 따라 그는 다음과 같이 명령하였다.

보험중개인이나 사무원 기타 Exchange, 또는 이 도시에 있는 사람들은 이러한 도박이나 보험계약을 하여서는 안 되고, 만약 한다면 법에 따른 가장 강력한 처벌을 받게 될 것이다.¹⁷²⁾

18세기 중반에 의회는 도박성 보험계약을 금지하였는데 도박성 보험계약은 특히 사기와 불법적인 무역을 조장하는 것으로 취급되었다. 1745년 해상보험법(Marine Insurance Act 1745)은 직접적으로 특정 보험계약의 실무에 대하여, 선박과 적하에 대한 ‘피보험이익이 있거나 또는 피보험이익 없이(interest or without interest)’ ‘보험증권 외에 다른 피보험이익에 대한 증거 없이,’ ‘게임이나 도박에 의하여,’ ‘보험자에 대한 구조의 이익 없이(without benefit of salvage to the assurer)’라고 쓰여 있는 보험계약을 금지하고, 그러한 보험계약은 무효라고 선언하였다.¹⁷³⁾ 다만 도박성 보험계약을 허용하는 위험이 국익, 예를 들면 영국의 사나포선 또는 스페인 또는 포르투갈 물품에 대한 상호경색적 무역(interloping trade)에 의하여 정당화될 수 있을 때는 예외였다.¹⁷⁴⁾ [p. 218] 재보험은 도산 또는 사망한 보험자의 보험계약을 인수하기 위한 경우를 제외하고 금지되었다.¹⁷⁵⁾ 동인도무역에 사용되는 선박과 관련하여 선박저당부 대출이 이루어진 경우, 채무자는 그 보험목적물의 가액에서 채무액을 공제한 나머지

(Rights against Insurers) Acts 1930, 2010은 도산채무자의 보험자에 대한 직접청구권을 창설한다.

¹⁷¹⁾ [원주 167] City of London broadside, ‘Fleet Mayor. Jovis primo die Decembr’, 1692 ... This court this Day taking Notice, That divers Tradesmen and Others have taken upon them an Evil Practice upon the Publick Exchange’ ([London] 1692), Guildhall Library.

¹⁷²⁾ [원주 168] ibid.

¹⁷³⁾ [원주 169] 19 Geo 2 c 37. 1692년에 Chancery 법원은 피보험자가 피보험이익이 없는 경우 위와 같은 보험계약은 무효라고 판시하였다: *Goddart v Garrett* (1692) 2 Vern 269, 23 ER 774. L그 후, ‘피보험이익이 있거나 또는 피보험이익 없는’ 보험계약이 허용되었다(1745 Act 이전): *Depaba v Ludlow* (1720) 1 Com 360, 92 ER 1112; *The Sadlers Company v Badcock* (1743) 2 Atk 554, 556; 26 ER 733, 734.

¹⁷⁴⁾ [원주 170] See Park (n 26) 313 - 15.

¹⁷⁵⁾ [원주 171] ibid 317은 재보험을 통한 ‘확연하고 지대한’ 사기의 기회를 언급한다.

가액만을 부보할 수 있었다. 1745년법은 폐지되었으나, 도박성 보험계약에 대한 일반적인 금지규정이 다시 입법되었고 여전히 효력이 있다.¹⁷⁶⁾

의회는 ‘백지’(in blank) 보험계약의 실무를 규제하기 위한 몇몇 경우에도 개입하였는데, 이는 누구의 이익을 위해서 보험계약을 체결하는지, 누가 그 보험계약을 체결하는지 이름이 명시되지 않은 보험계약을 말한다.¹⁷⁷⁾ 이 실무는 보험계약자들이 조세를 회피하기 위한 것을 포함하여, ‘정직하지 못한 거래’를 숨기는 수단이 된다고 생각되었다.¹⁷⁸⁾ 따라서 1788년 해상보험법(Marine Insurance Act 1788)은 해상보험증권에서 구체적으로 명시되어야 할 특정요소들을 요구하였고, 그에는 부보된 적하에 이해관계를 갖는 사람 또는 그 보험계약을 체결한 사람, 대리인에게 그 보험계약을 체결하라고 말한 사람의 이름이 포함되었다.¹⁷⁹⁾ 1788년법을 지키지 않으면 보험계약이 무효였다.¹⁸⁰⁾

그 후 얼마 지나지 않아서, 인지세의 징수를 보장하기 위해¹⁸¹⁾ 의회는 해상보험계약이 사용해야 할 양식을 정해주었다. 1796년 인지세법(Stamp Act 1796)은 해상보험계약이 ‘각인되거나 인쇄되거나 기재된’ 모든 가죽, 모조양피지, 양피지 또는 종이 1장당 인지세를 부과하였다.¹⁸²⁾ 1788년법을 기초로 하여 1795년법은 보험계약이 보험료, 피보험이익, 보험계약자와 보험자, 보험가액의 상세를 명시할 것을 요구하였고, 그렇지 않으면 무효라고 규정하였다. 기간이 12개월을 초과하는 보험계약도 금지되었고, 인지가 부착되지 않은 모조양피지, 양피지 또는 종이에 기재된 것이 아니라면 법원에 보험계약에 기한 청구를 하는 것이 허용되지 않았다. 1795년법은 인지위원이 런던의 편리한 장소에서 미리 인지가 부착된 보험계약서 양식을 제공하도록 규정하였다. 이렇게 미리 인지가 부착된 계약서 양식은 5개의 표준적인 문언으로 미리 인

¹⁷⁶⁾ [원주 172] Marine Insurance Act 1906 Act 제4조, Marine Insurance (Gambling Policies) Act 1909도 참조(해상위험으로 인한 손해를 부보하는 것을 형사처벌한다). 참고로 Gambling Act 2005는 Gaming Act 1845 (8 & 9 Vict c 109) 제18조(모든 종류의 도박계약을 무효라고 규정하였다)을 폐지하였다. Gilman and others (n 89) paras 11.10 - 11.13.

¹⁷⁷⁾ [원주 173] Park (n 26) 17; Arnould, *Marine Insurance* vol 1 (n 47) 23; Thomson (n 22) 319 - 20.

¹⁷⁸⁾ [원주 174] Marshall (n 134) 213.

¹⁷⁹⁾ [원주 175] 28 Geo 3 c 56: 이는 문제가 많았던 Insurances on Ships, etc, Act 1785 (25 Geo 3 c 44)를 폐지하고 대체하였다.

¹⁸⁰⁾ [원주 176] 1906 Act, 제23조 제1항.

¹⁸¹⁾ [원주 177] 이는 70년 전에도 문제가 되었는데, 당시 Adulteration of Tea and Coffee Act 1724 (11 Geo 1 c 30), 제44조는 약속어음의 형식으로 해상보험계약을 체결하는 것을 금지하고 형사 처벌하였다.

¹⁸²⁾ [원주 178] 35 Geo 3 c 63.

채되었고, 그 법에 별표(schedule)로 첨부되어 있었다; ‘S’ (ship) ‘G’ (goods)는 SG’ (ships & goods) 양식은 개인인 보험자, 표준양식은 London Assurance and Royal Exchange Assurance Corporations를 위한 것이었다. 개인보험자를 위한 세 가지 양식은 사실 1779년에 ‘새로운’ Lloyd’s의 보험자들에 의하여 작성된 표준계약서의 문언에 대응하는 것이었다.¹⁸³⁾ 위 양식을 이용하는 것이 강제되지는 않았다; 계약양식을 1795년법에 첨부함으로써, [p. 219] 그리고 이를 미리 인쇄하여 배포함으로써 관계당국은 단지 새로운 법이 부과한 인지납부의무의 이행과 위 법의 다른 규정을 준수하는 것을 격려하고 촉진하려던 것으로 보인다. 그럼에도 1795년법은 Lloyd’s의 표준계약서의 ‘사용을 자리잡게 한 인큐베이터 역할’을 하였다.¹⁸⁴⁾

18세기 말에 이르러 노예무역을 점진적으로 제한하는 법이 보험계약의 사적 형성에도 영향을 미쳤다. 처음 20년 동안 의회는 노예를 실은 배가 부보될 수 있는 위험의 범위를 제한하기 위한 경우에만 개입하였다. 해상위험으로 인한 ‘멸실 또는 손해 (Loss or damage)’, 해적, 폭동, 국왕의 적들에 의한 억류, 선장 또는 선원의 선주에 대한 불법행위(barratry), 또는 화재가 이 시기에 부보할 수 있는 위험이었다. ‘자연사 또는 학대’로 인한 노예의 사망, 투하(jettison)나 ‘선박 밖으로 버리는 기타 행위’에 의한 ‘멸실’, ‘노예선의 선장, 그 선박에 속한 사람, 기타 사람들이 노예를 확보하기 위한 목적으로 한 행위에 대한 아프리카의 왕, 왕자, 국민 또는 거주자가 부과한 제한이나 구금’으로 인한 ‘멸실이나 손해’는 부보할 수 없는 위험이었다.¹⁸⁵⁾ 노예선에 대한 절대적 부보금지는 1807년에 이르러서야 도입되었다.¹⁸⁶⁾

1906년 해상보험법은 사적 형성에서 더욱 떨어진 것을 보여주는데, 이는 이전에 있었던 것보다 훨씬 더 광범위한 규모로 이루어졌다. 보통법 원칙과 판례를 일반적으로 입법한 것으로서 1906년법은 100년 동안의 상인의 규칙과 실무를 입법한 과정의 정점이었다. 이 법은 ‘관련된 법을 진화하는 보통법으로부터 분리하였고...그렇게

¹⁸³⁾ [원주 179] Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 202 - 04.

¹⁸⁴⁾ [원주 180] *ibid* 204. 그 후 1795 Act에 관하여: Customs and Inland Revenue Act 1867 (30 & 31 Vict c 23) (이 역시 Lloyd’s SG form을 첨부하였다); Stamp Act 1891 (1867 Act를 폐지하였다); Finance Act 1901, s 11; Marine Insurance Act 1906, ss 22 - 26, 30; Finance Act 1959, 제30조 (1891 Act의 해상보험에 관한 규정을 폐지하였다)

¹⁸⁵⁾ [원주 181] Slave Trade Acts 1788 - 95 and 1797 - 99 (28 Geo 3 c 54, s 12; 29 Geo 3 c 66, s 9; 30 Geo 3 c 33, s 8; 31 Geo 3 c 54, s 8; 32 Geo 3 c 52; 33 Geo 3 c 73; 34 Geo 3 c 80, s 10; 35 Geo 3 c 90; 37 Geo 3 c 104; 38 Geo 3 c 88; 39 Geo 3 c 80, ss 24 - 25).

¹⁸⁶⁾ [원주 182] Abolition of Slave Trade Act 1807 (47 Geo 3 stat 1 c 36), s 5. See also: Slave Trade Acts 1806, 1811 and 1824 (46 Geo 3 c 52, s 7; 51 Geo 3 c 23, s 2; 5 Geo 4 c 113, ss 2, 8 and 10).

함에 있어서 보통법에 포함되어 있는 진화하는 변화의 방법을 분리하였다.’¹⁸⁷⁾ 이 법은 불가피하게 해상법과, 원래 그에 정보를 제공하였던 상인의 실무를 분리하였다.

상사보험법과 1906년법의 최근 개정은 해상보험계약이 사적 형성으로부터 벗어난 정도를 잘 보여준다.¹⁸⁸⁾ 영국 변호사, 법관, 보험자, 중개인과 손해사정인을 포함하여 보험시장의 관계자들은 영국 보험법의 불만족스러웠던 측면에 민감하였고, 먼저 그 개정의 필요성을 인식하였다.¹⁸⁹⁾ 그러나 그 법이 1906년법에 대부분 반영되었기 때문에 만족스러운 사적 형성에 의한 해결방법이 있을 수 없었다. [p. 220] 그 대신 개정되기까지 범위원회는 보험법 프로젝트가 시작되길 기다려야 했다. 보험계약법의 공적 중요성이 공공연하게 인식되었고, 상사보험계약법(‘21세기 상사실무의 현실에 비추어 시대에 맞지 않고 뒤떨어짐’¹⁹⁰⁾)의 기본원칙의 균형을 이루는 것이, 영국의 국제보험시장에서의 지배적인 지위(‘영국의 중요한 수출’¹⁹¹⁾)를 유지하는 데 필요하고, 보험계약이 보험계약자를 공정하게 그리고 신속하게 보호될 것을 보장하는 것이 일반적으로 경제의 저항력을 기르고 경제 성장에도 필요한 것으로 여겨졌다.¹⁹²⁾ 법 개정 전이나 개정과정에서 런던 보험시장의 참여자들(보험자, 보험계약자, 중개인, 변호사, 법관과 규제주체)의 의견이 광범위하게 청취되었다.¹⁹³⁾ 그럼에도 이는 큰 그림에 있어서, 오늘날 런던 보험시장에 계약규범을 구체화하는 데 국가에 의존함을 보여준다.

3.2 외국과의 접점과 그 영향

정기적으로 보험료를 지급하는 보험계약이 외국에서 영국에 도입되었음은 앞서 본

¹⁸⁷⁾ [원주 183] Rose (n 155) 471.

¹⁸⁸⁾ [원주 184] Insurance Act 2015, Enterprise Act 2016, 제 22조, 제28조 내지 제30조에 의하여 개정되었다. 대체로 개정은 다음에 관한 것이다: 계약 체결 전 선의의무; 그 위반으로 인한 구제 수단; 진술과 보증에 관한 법리; 사기적 보험계약상 청구에 관한 법리; 보험자로 하여금 합리적 기간 내에 보험금을 지급하도록 하는 묵시적 조항의 도입.

¹⁸⁹⁾ [원주 185] Rob Merkin and John Lowry, ‘Reconstructing Insurance Law: The Law Commissions’ Consultation Paper’ (2008) 71 MLR 95; Law Commission and Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers’ Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment* (Law Com No 353 / Scot Law Com No 238, 2014) paras 1.8 - 1.10.

¹⁹⁰⁾ [원주 186] Law Commission and Scottish Law Commission (n 185) para 1.3

¹⁹¹⁾ [원주 187] *ibid* para 1.2.

¹⁹²⁾ [원주 188] *ibid* paras 1.2 - 1.6, 1.16 - 1.48.

¹⁹³⁾ [원주 189] *ibid* paras 1.7 - 1.14. *ibid* ‘Appendix C: List of Consultees’도 참조.

바와 같다; 그러나 현재까지 논의는 영국의 법과 실무가 그 이후 지적인 고립 상태에서 발전되어왔음을 시사하는 것처럼 보인다(이는 오류이다). 전체 그림을 보기 위해서는, 이 분야에서 영국의 상인과 법률가들에게 영향을 미친 외국의 계약들을 살펴볼 필요가 있다.

15세기 그리고 16세기 대부분 동안 런던의 보험실무는 초기 런던보험시장을 만들고 거기서 중요한 역할을 했던 외국인들로부터 크게 영향을 받았다: 먼저 이탈리아 상인들, 그 후 네덜란드 상인들로부터.¹⁹⁴⁾ 16세기 후반에 나타난 런던의 표준계약서의 문언은 피렌체에서 사용되던 것과 ‘놀랄 만한’ 유사성을 보인다;¹⁹⁵⁾ 그리고 같은 시기의 런던 Book of Orders는 1570년 Bruges의 스페인 대사관에서 사용되던 것으로부터 큰 영향을 받았다.¹⁹⁶⁾ 런던의 15, 16, 17세기 법원과 중재판정부는 보험계약의 의미와 효력을 고려할 때, 보험계약 자체에서 지정한 바에 따라 또는 상황에 따라, 외국의 실무를 포함하여 적절한 상인의 실무를 적용하려 하였다.¹⁹⁷⁾

17세기에 웨스트민스터 법원이 더 많은 보험사업을 유치하고 있을 때,¹⁹⁸⁾ 보통법 법률가들은 보험과 관련된 문제에 관하여 대륙법의 저자들을 참고하였다(아마 그 때 비로소 보기 시작하였을 것이다).¹⁹⁹⁾ [p. 221] 상사사건에 외국 저자와 교과서들이 인용되었다.²⁰⁰⁾ 특히 Molloy는 그의 저서에서 보험에 관한 외국문헌을 많이 인용한다²⁰¹⁾. 그는 한편으로는 다른 부분에서는 관습의 문제와 대륙법의 문제를 구분하고, 다른 한편으로는 보통법에서 해결된 문제들을 다루고 있다.²⁰²⁾ 18세기 동안 중앙법

¹⁹⁴⁾ [원주 190] Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 136 - 39.

¹⁹⁵⁾ [원주 191] *ibid* 136.

¹⁹⁶⁾ [원주 192] 이는 ‘유럽에서 보험에 관한 가장 선진적이고 망라적인 집대성’에 해당한다: Rossi, *Insurance in Elizabethan England* (n 8) 148 - 63.

¹⁹⁷⁾ [원주 193] ‘as much force and effect’ 조항에 관한 n 153 참조. *Ferrantyn* (n 93) 사건에서, 런던 법원은 당사자에게 ‘상인의 방식과 관습, 특히 피렌체 상인의 방식과 관습’에 관한 증거를 제출하라고 하였다. *Ridolphye* (n 15), ‘런던의 Lumbard Strete와 Antwerpe의 Burse의 관습’에 관한 서면증거가 제출되었다.

¹⁹⁸⁾ [원주 194] nn 124 - 27에 기재된 문헌들 참조.

¹⁹⁹⁾ [원주 195] Thomson (n 22) 317 - 18: Straccha와 아마도 Grotius가 1669년 John Vincent의 강독회에서 인용되었다. cf Malynes (n 86) 5, 162, 166. Grotius는 법률가가 아니었지만 대륙법계의 많은 저서(Santerna와 Straccha의 저서 등)를 알고 있었고, 그 중 일부는 보험에 관한 것이었다. Malynes는 상인 문제에 관한 대륙법의 저서를 읽은 상인들이 문제된 특정 관습이나 상인법에 관한 지식을 얻기보다 자신의 직업을 변호사로 바꾸었다고 하였다: *ibid* 5.

²⁰⁰⁾ [원주 196] Eg: *Mors v Slew* (n 26) 3 Keb 73, 84 ER 601; 3 Keb 113 - 14, 84 ER 624 - 25, 소송대리인이 Bronchorst, Cleirac, Grotius, Loccenius, Pecchius, Straccha, the Digest and the Rhodian sea laws를 인용하였다.

²⁰¹⁾ [원주 197] Molloy, *De Jure Maritimo* (n 86) bk 2 ch 7, Grotius, Locennius, Rittershausen, Santerna, Stypmannus, Zasius와 Antwerp의 보험법령을 인용하였다.

원은 보험관련분쟁을 처리할 주된 의무가 있다고 인식한 것으로 보이고, Lord Mansfield CJ 하에서 King's Bench는 보험에 관한 외국법령과 저서를 계속하여 인용하였다.²⁰³⁾

앞서 논한 것처럼, 18세기에 해상보험계약에 관한 규칙들을 입법하는 것에 더 속도가 붙었다. 동시에 런던보험시장은 세계의 보험업계에서 하나의 ‘기둥(pole)’이 되었다.²⁰⁴⁾ 영국의 ‘보험실무가 수출되어 다른 곳에서 도입되었고, 런던의 세계보험경제서 중심적인 위치를 굳혔으며, 세계의 보험업의 기초를 형성하였다’.²⁰⁵⁾ 19세기 초 무렵 영국 판사들은 영국의 해상보험에 관한 법리가 규범적으로 홀로서기에 충분하다고 보았다. 이 새로운 태도는 1836년 Lord Abinger CB에 의해 승인되었는데, 그는 이 주제에 관하여 확보할 수 있는 옛날부터 당시까지 외국의 지식을 연구한 후 다음과 같은 결론을 내렸다.

외국법과 외국법률가로부터 얻을 수 있는 시각이 무엇이든 간에, 런던의 보험실무가 광범위하고 그 각 분야에서 제기되는 문제들을 철저히 고려하고 해결하였기 때문에 이제 우리는 영국법의 자료 외의 것을 볼 필요가 없다.²⁰⁶⁾

영국 판사들이 이와 같은 단정적인 진술을 할 수 있다고 생각하였을지 모르나, 런던보험시장이나 영국당국이 외국의 규칙과 실무를 계속하여 무시할 수 없었다. 1980년대에 런던시장은 표준계약조항을 상당히 개정하였고, 그러므로써 해상보험법에 관한 UN 협약의 위협으로부터 벗어날 수 있었다.²⁰⁷⁾ 보다 최근에는 외국의 보다 균형적인 체제와 비교하였을 때 일탈한 것으로 보이는 영국의 ‘보험자 친화적인’ 규칙들이 영국 보험법의 평판과 런던의 상사보험시장의 경쟁력에 악영향을 미친다는 우려가 표시되었다.²⁰⁸⁾ [p. 222] 그 결과 2015년 및 2016년 법 개정이 이루어졌다.²⁰⁹⁾

202) [원주 198] *ibid*, preface, sixteenth page (unnumbered).

203) [원주 199] Christopher P Rodgers, ‘Continental Literature and the Development of the Common Law by the King's Bench: c 1750 - 1800’ in Vito Piergiovanni (ed), *The Courts and the Development of Commercial Law* (Duncker & Humblot 1987) 166 - 78; Marshall (n 134) 28 - 29; Joseph Story, ‘Literature of the Maritime Law’ in WW Story (ed), *The Miscellaneous Writings of Joseph Story*, vol 1 (Charles C Little and James Brown 1852) 114.

204) [원주 200] Leonard, ‘London Marine Insurance’ (n 8) 115.

205) [원주 201] *ibid* 170.

206) [원주 202] *Roux v Salvador* (1836) 3 Bing 266, 282 - 85; 132 ER 413, 419 - 20.

207) [원주 203] Rose (n 155) 469도 ‘실무가들이 늘 그 자신들만의 노력으로 성공하기를 기대할 수 없다’고 한다.

4. 결론

사적 형성을 후퇴시켜야 하나? 런던의 상사보험시장은 상대적으로 화합하는 공동체이다. 그 참여자들은 특히 새로운 표준계약서 문언과 조항을 상세화하는 것을 통하여 그들이 조직화할 수 있고, 변화하는 상황에 대응할 능력이 있음을 보여주었다.²¹⁰⁾ 이런 사적으로 조직된 행위들은 ‘모든 해상보험의 기초가 되는 1906년 해상보험법의 살짝 녹슨 구조에도 불구하고, 해상보험이 일상적으로 작동할 수 있게 해주는 윤활유’라고 평가된다.²¹¹⁾

그럼에도 사적 형성이 할 것으로 기대되는 역할에는 제한이 있다. 런던 보험시장의 ‘성공의 상당부분은 적용되는 규칙의 확실성에 기인한다.’²¹²⁾ 그 확실성은 18세기에 보험계약에 관한 상인보험자의 실무와 규칙이 법원의 판례에 반영됨으로써 먼저 달성되었고, 그 후 제정법으로 입법됨으로써 달성되었다. 보험의 다른 중심지와의 경쟁으로, 보험계약에 관한 규칙의 확실성과 공정성에 대한 대중의 인식을 제고하기 위해 보험계약에 관한 규칙을 입법화해야 한다는 압박이 커졌다.

그 결과는 영국 상사보험계약법이, 그 유래인 상인의 실무가 갖는 유연성을 잃게 되었다는 것이다. 보험자, 보험계약자, 중개인과 손해사정인의 공동체는 이 법과 그 개정에 관하여 자신의 의견이 청취되기를 원할 것이다. 그러나 이제 더 이상 그들의 법이 아니다.

208) [원주 204] Law Commission and Scottish Law Commission (n 185) paras 1.3, 1.4, 1.10, 1.25 - 1.26, 1.62.

209) [원주 205] nn 184 - 189에 기재된 문헌 참조.

210) [원주 206] 예를 들어, 특히 1980년대부터 해상보험계약조항을 표준화하려는 계속되는 노력, 그리고 International Underwriting Association of London, Lloyd's Market Association과 그 산하 위원회의 방대한 표준조항 내지 모델조항이 그러하다.

211) [원주 207] Mance (n 156) 346.

212) [원주 208] Rossi, ‘England 1523 - 1601’ (n 2) 145.